

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
CLAUSES A ORDRE & AU PORTEUR

DANS LES OBLIGATIONS NOTARIÉES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 8 novembre 1909, à 2 h. 1/2

PAR

A. CHOQUART

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, }
PILLET, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES
CLAUSES A ORDRE & AU PORTEUR

DANS LES OBLIGATIONS NOTARIÉES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 8 novembre 1909, à 2 h. 1/2

PAR

A. CHOQUART



Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 { PILLET, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Les Clauses à ordre et au porteur

DANS LES OBLIGATIONS NOTARIÉES

INTRODUCTION

Le développement économique du *xix^e* siècle et l'importance acquise par les placements mobiliers au cours de ce siècle, ont fait ressortir d'une manière manifeste les inconvénients du régime de la propriété foncière tel qu'il est organisé par notre Code civil. Il est juste de reconnaître toutefois que ces inconvénients n'existaient pas encore au moment de la rédaction du Code civil, époque à laquelle les placements mobiliers n'étaient pas encore en faveur.

Les besoins nouveaux qui se sont fait jour, ont montré que dans son désir de mieux assurer la stabilité et la solidité de la propriété immobilière, le législateur en avait gêné la libre circulation qui se trouve entravée par les mesures de précautions dont il a voulu entourer sa transmission.

D'autre part, notre régime hypothécaire, s'il offre l'avantage de donner aux prêteurs une sérieuse garan-

tie, présente en revanche de grands inconvénients dans la pratique. L'organisation de la propriété foncière et du crédit immobilier n'a pas la souplesse, et la facilité de circulation qu'exigent les besoins de la vie moderne et qui sont cause en grande partie du développement des valeurs mobilières.

Le législateur de 1804, entièrement soumis sur ce point à l'influence du passé, n'a pas su deviner les besoins de l'avenir et établir un régime de propriété foncière et de crédit immobilier capable de s'y adapter ; et tandis que la propriété mobilière ne cessait de s'étendre au cours du XIX^e siècle, la propriété immobilière restait à peu près stationnaire. Établir un rapport harmonieux entre ces deux éléments de la richesse nationale, c'est ce que l'on s'est efforcé, au cours du siècle, de réaliser, en cherchant la solution du double problème de la mobilisation du sol et de la mobilisation du crédit foncier (Challamel, *Etude sur les cédules hypothécaires*, 1898).

Dans son organisation actuelle, la propriété foncière est difficilement transmissible. Rarement, le propriétaire, qui est obligé de vendre son immeuble, trouve à le céder aux conditions qu'il peut légitimement espérer. Les acheteurs, peu ou mal renseignés sont rares ; d'autre part les capitalistes ayant des fonds disponibles, hésitent à les engager dans des acquisitions immobilières, dans la crainte de ne pouvoir réaliser leurs capitaux dans des conditions avantageuses à l'époque où

ils en auront besoin, et le prix de vente de l'immeuble se ressent naturellement de ce peu d'empressement. Si, au contraire, le propriétaire foncier était sûr de pouvoir, à tout moment, comme le propriétaire de valeurs mobilières, céder son immeuble à un prix établi par le jeu même de la libre concurrence, les capitalistes hésiteraient moins à employer leurs fonds disponibles en acquisitions immobilières ; par suite, les propriétaires trouveraient plus facilement des acquéreurs et la valeur du sol ne tarderait pas à s'élever.

L'augmentation de valeur des immeubles aurait pour conséquence de mettre plus en faveur les placements hypothécaires qui offrent les avantages de la sécurité et d'un intérêt plus rémunérateur. Toutefois, devant les nécessités modernes, il faut s'attacher à rendre facile et rapide la circulation de ces placements en diminuant les formalités exigées actuellement par la loi pour la transmission des obligations hypothécaires, tout en en garantissant la sécurité.

Cette diminution de formalités dans la cession des obligations hypothécaires, aurait pour conséquence avantageuse de faire de l'hypothèque un instrument de crédit plus souple, d'une circulation plus rapide et qui, tout en constituant une sûreté sérieuse pourrait facilement être transmise par le créancier qui en est investi.

La sécurité des placements hypothécaires est évidente puisque le gage qui les garantit est en quelque sorte impérissable ; cependant cet avantage ne suffit pas

à attirer les capitaux, et l'on constate une énorme disproportion entre les placements mobiliers en actions industrielles, obligations, titres de rentes sur l'Etat et les prêts sur hypothèque. M. de Foville estime qu'en 1903 le montant des prêts hypothécaires s'élevait à 13 milliards et demi, soit une diminution de près de six milliards par rapport au chiffre de 1876 qui est de 19 milliards 279 millions (de Foville, *Economiste français*, 24 janvier 1903). Ces chiffres comprennent à la fois les prêts sur les maisons et sur la terre.

Les placements hypothécaires ne sont recherchés en pratique que par des capitalistes désireux de faire des placements à longue durée. L'agriculture, la terre n'ont donc point profité du développement de la richesse et du crédit qui s'est manifesté au cours de ce siècle. Les conditions d'emprunt pour le propriétaire foncier restent par suite difficiles et onéreuses.

La supériorité du crédit mobilier sur le crédit immobilier vient de la facilité avec laquelle les prêteurs peuvent réaliser leur titre à tout moment avec un minimum de formalités peu coûteuses.

Il en est tout autrement du créancier hypothécaire. Ce prêteur est lié envers son débiteur par un contrat prévoyant et réglant les conditions et l'époque du remboursement et contre les termes duquel il ne peut aller. Par suite, il lui est difficile de transmettre son droit à une autre personne, si, avant l'époque du remboursement, il a besoin de réaliser ses capitaux. Enfin, à l'épo-

que de l'échéance, si son débiteur n'est pas en mesure de lui rembourser l'intégralité du prêt, il n'aura à sa disposition, pour obtenir son remboursement, que la procédure coûteuse et compliquée de l'expropriation forcée par la saisie immobilière.

Cette situation a sa répercussion sur le taux de l'intérêt des placements hypothécaires, qui atteint la plupart du temps 4 1/2 et même 5 0/0. Sans doute, le risque couru par le capitaliste est moins grand dans cette matière que dans les placements mobiliers ; mais il ne faut pas oublier que la privation du capital est également un des éléments qui déterminent le taux de l'intérêt. Or, cette privation de capital est évidemment beaucoup plus importante pour le créancier hypothécaire que pour le propriétaire d'un titre mobilier. Pour ce dernier, elle est réduite au minimum, tandis qu'elle produit son plein effet pour l'autre. L'élévation du taux de l'intérêt en matière hypothécaire est surtout nuisible à l'agriculture, car il arrive le plus souvent que le revenu de la terre n'excède pas 5 0/0. On voit donc combien est difficile en pratique la situation du crédit immobilier.

Pour remédier à cette situation fâcheuse, il faudrait trouver le moyen de « représenter la créance hypothécaire » par des titres négociables, circulant comme des effets de commerce et comme des valeurs de Bourse » (Planiol, t. II, n° 2670). C'est d'ailleurs cette forme d'obligations hypothécaires que l'on a cherché souvent à organiser. Malheureusement, jusque dans ces derniers

temps, ces essais ingénieux n'avaient pas pénétré dans la pratique courante.

**Systèmes proposés pour la solution du problème
du crédit immobilier.**

Les différents systèmes qui furent proposés peuvent être ramenés à trois : L'hypothèque sur soi-même, les lettres de gage, et l'emploi de la clause à ordre ou au porteur dans les actes constitutifs d'hypothèque.

C'est le législateur de la Révolution qui eut le premier l'idée de l'hypothèque sur soi-même dans la loi du 9 messidor an III. Cette loi accorde, « à tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque, la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut excéder 10 années, par la voie de cédules hypothécaires jusqu'à la concurrence néanmoins des trois quarts, de la valeur capitale du prix... ». Art. 36. Le conservateur des hypothèques, remettait au propriétaire, pour représenter cette hypothèque ainsi créée, indépendamment de toute créance, une « cédule hypothécaire » qu'il pouvait négocier par voie d'endossement, comme des titres commerciaux. Mais l'organisation défectueuse du système ainsi organisé, et surtout la responsabilité très lourde qu'il imposait aux conservateurs des hypothèques, ne permit pas au système cédulaire de fonctionner suffisamment pour que l'on pût juger de sa valeur.

L'idée toutefois n'était pas irréalisable, puisqu'elle a

été mise en pratique par la loi allemande, d'après laquelle le propriétaire peut, avant tout emprunt, créer, sur sa terre, des créances hypothécaires qu'il négocie au fur et à mesure de ses besoins (Hypotekenbrief) (Cf. Gide, Notice sur la loi prussienne de 1872. *Annuaire étranger*, II, p. 204-215 ; Challamel, *Cession de créances hypothécaires* ; Meulenaere, *Code civil allemand*, 1897, p. 297, art. 305-308).

En France, l'idée de l'an III a été reprise en la complétant par quelques emprunts faits à la législation allemande : on a proposé de délivrer au propriétaire des lettres de gage sur son immeuble, analogues aux warrants des magasins généraux (Challamel, *op. cit.* et *Bulletin de la Société de législation comparée*, avril 1886).

Mais il est peu probable qu'un pareil système puisse être de si tôt adopté chez nous. Il est par trop contraire à la conception à laquelle nous sommes habitués de l'hypothèque, droit accessoire garantissant une créance sans laquelle ce droit ne peut avoir d'existence.

Le système employé par le Crédit foncier atteint en somme un résultat analogue tout en respectant les conceptions juridiques auxquelles nous sommes habitués. Ses opérations consistent en réalité à prêter aux propriétaires l'argent fourni par ceux qui ont acheté les obligations foncières émises par cet établissement. L'avantage de ces dernières, est de circuler en quelque sorte avec la garantie hypothécaire qui leur est attachée et de se négocier avec une facilité beaucoup plus

grande que les obligations hypothécaires ordinaires. Mais ce système, très bon en soi, présente plusieurs inconvénients.

Tout d'abord les créanciers, porteurs des obligations foncières n'ont d'action que vis-à-vis de la société ; ils n'ont aucune action directe contre les propriétaires emprunteurs ; d'autre part, le Crédit foncier est obligé de prélever une rémunération pour son rôle d'intermédiaire, et ce prélèvement absorbe une partie des intérêts payés par les emprunteurs. Ceux-ci payent 4 fr. 25 à 5 0/0, alors que les porteurs des obligations foncières ne reçoivent qu'un intérêt de 2 1/2 0/0 au plus ; au point de vue du crédit immobilier, il y a là un inconvénient qui diminue l'utilité du rôle du Crédit foncier. En outre, ce sont surtout les constructeurs de maisons qui y ont recours, si bien que l'institution rend relativement peu de services à l'agriculture. Enfin il faut ajouter que le Crédit foncier ne prêtant que sur la moitié de la valeur des immeubles, n'est pas d'un emploi illimité, et les propriétaires auront encore souvent recours aux prêts ordinaires consentis par des particuliers. La réforme opérée par le Crédit foncier n'est donc pas suffisante.

Le troisième procédé, créé au cours du XIX^e siècle et qui commence à entrer dans la pratique notariale, consiste dans l'emploi de la clause à ordre ou au porteur dans les obligations notariées.

C'est ce troisième procédé, peu connu encore, qui sera l'objet de cette étude.

L'acte constitutif d'hypothèque peut être passé en brevet, ainsi qu'il résulte des termes mêmes de l'article 2148 du Code civil, c'est-à-dire que l'original de l'acte peut être remis au créancier ; si au contraire l'acte constitutif est passé en minute, la grosse de l'obligation est toujours remise au créancier. Or la jurisprudence a admis que ce titre peut être accompagné d'une clause à ordre ou au porteur, qui le rendra transmissible par voie d'endossement comme un effet de commerce, dans le premier cas, ou par simple tradition dans le cas de clause au porteur, et que l'endossement ou la tradition transfère l'hypothèque en même temps que la créance.

Ce système ingénieux assure au titre hypothécaire une circulation aussi facile qu'aux effets de commerce. Il concilie les avantages des anciennes cédules hypothécaires avec ceux des lettres de gage du Crédit foncier, tout en supprimant les inconvénients résultant de l'existence d'une société intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur. L'emploi de ces clauses au porteur ou à ordre présente en outre l'avantage sérieux de pouvoir s'adapter à l'hypothèque telle que nous avons traditionnellement en France l'habitude de la concevoir. Il ne s'agit point là, en effet, d'une hypothèque sur soi-même créée indépendamment de toute créance : l'hypothèque reste bien l'accessoire d'une créance ; le mode

de transfert seul se trouve modifié et facilité par l'adaptation à l'obligation hypothécaire du procédé de négociabilité auquel d'autres actes nous ont depuis longtemps habitués.

Ce procédé ne semble pas cependant avoir reçu dans la pratique une application aussi étendue qu'on pouvait l'espérer ; il se heurte encore à certaines résistances venant surtout de ce que, par une habitude très regrettable, on persiste à vouloir conserver au titre hypothécaire l'immobilité de la terre sur laquelle il repose. Cette opinion erronée et fâcheuse repose sur l'ignorance des solutions données en cette matière par la jurisprudence.

L'opération juridique que nous venons d'indiquer soulève un certain nombre de questions que nous aurons à examiner successivement.

1° La légitimité de l'emploi de ces clauses à ordre et au porteur en matière non commerciale et spécialement en matière hypothécaire.

2° Leur conciliation avec les principes de notre droit.

3° La question de savoir si l'endossement ou la tradition suffit pour transférer au porteur du titre tous les droits du créancier hypothécaire.

4° La détermination de la nature juridique d'une telle opération.

CHAPITRE PREMIER

EMPLOI DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS DES TITRES CONSTATANT DES CRÉANCES DE NATURE CIVILE.

SECTION I. — Validité de ces clauses.

L'emploi de la clause à ordre présente des avantages qu'il est à peine besoin de rappeler. La mention de l'endossement sur le titre est, au point de vue de la publicité, bien plus efficace que la signification ou l'acceptation exigée par l'article 1690 du Code civil. Sans parler de la certitude plus grande qu'il donne au point de vue de la preuve, puisque l'indication matérielle de la cession et du cessionnaire sur le titre lui-même, écarte toute contestation tenant à l'absence ou à la fausseté de déclaration, l'endossement est un procédé de cession beaucoup plus commode et moins coûteux que les formalités de l'article 1690, puisque sous la seule condition de remplir les formalités prescrites par l'article 137 du Code de commerce, l'endossement suffit à opérer par lui-même transfert de propriété. Au point de vue du paiement, le titre à ordre n'est pas moins avantageux, car celui auquel le titre a été endossé est seul à pouvoir en toucher le montant sur la présentation du titre ; il n'a point à craindre de se voir opposer par le

débiteur les exceptions et les défenses opposables au créancier originaire ou aux cessionnaires successifs.

Ces avantages expliquent pourquoi l'emploi de la clause à ordre n'est pas resté limité aux actes pour lesquels la loi l'exige formellement, tels que la lettre de change, le billet à ordre, le connaissance, les chèques et les warrants, et pourquoi elle a été étendue par la pratique à un certain nombre d'autres actes pour lesquels la loi ne parle pas de la clause à ordre. Par exemple : les lettres de voiture, polices d'assurances, billets civils, etc. (Ed. Scoffier, *De la clause à ordre spécialement dans la police d'assurances*, thèse Paris, 1896 ; L. Delbray, *La clause à ordre*, thèse Paris, 1892 ; Généralisation de la clause à ordre, *Annuaire de droit commercial*, 1897, p. 156).

Des avantages analogues se rencontrent dans l'emploi de la clause au porteur ; celle-ci procure au titre la facilité la plus grande de circulation puisque la simple détention du titre entraîne présomption de propriété et qu'une simple tradition de la main à la main suffit à faire passer sur la tête d'autrui cette présomption de propriété.

On comprend dès lors facilement que la pratique ait cherché à adopter la clause au porteur à des créances civiles formées entre non commerçants ou à substituer par la voie de l'endossement, un mode de transfert des obligations facile, au procédé plus compliqué de l'article 1690. « Les contractants, dit M. Beudant, tenaient

à profiter des nombreux avantages de la clause à ordre et de l'endossement : plus de facilité et plus de garanties, moins de frais. Le débiteur emploie une forme qui favorise son crédit, le créancier a entre les mains une valeur qui lui permet, par une négociation prompte et sans frais, de rentrer dans ses fonds » (D. 78.1.241, note).

Une jurisprudence consacrée et constamment maintenue par la Cour de cassation a nettement établi que des créances d'origine purement civile et créées même entre non commerçants peuvent être stipulées payables à l'ordre du créancier primitif (Cass., 18 janvier 1825, S. chr., c. IV, VIII.1.16, solution implicite ; Req., rej., 11 avril 1849, S. 49.1.305, D. P. 49.1.141, solution directe ; Cass., 7 mai 1879, S. 79.1.421, D. 79.1.307 ; Req. rej., 15 mars 1892, S. 94.1.495, D. 93.1.309 ; Lyon, 4 juin 1830 ; Cass., 18 novembre 1833, S. 33.1.817, D. A., V° *Privilèges et hypothèques*, n° 1267-3° et Pau, 25 juin 1836, S. 37.2.17, D. A., V° *Effets de commerce*, n° 376-2°) ou payables au porteur (Req. rej., 10 novembre 1829, S. chr., c. IV, IX. 1.380 ; Cass., 15 janvier 1855 ; S. 55. 1.257, D. P. 55.1.5. *Adde* : Req. rej., 4 juin 1878, Sir. 78.1.404, D. P. 79.1.136).

De même, quand il s'agit d'actes notariés retenus en minute, la grosse de l'obligation joue, à l'image du billet privé ou d'un acte délivré en brevet, le rôle de l'instrument négociable nécessaire pour la réalisation pratique soit de la clause à ordre (Cass., 8 mai 1878, S. 78.1.

292, D. P. 78.1.241, note Ch. Beudant), soit de la clause au porteur (Cass., 9 novembre 1896, D. P. 97.1.16, S. 97.1.161, note A. Tissier ; Bordeaux, 22 janvier 1839, S. 39.2.258 ; 7 février 1846, S. 46.2.321).

Il résulte de cette jurisprudence que les créances dont il s'agit seront pleinement transmises non seulement entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers par voie d'endossement porté sur la grosse si elles sont pourvues de la clause à ordre (art. 136 et 137, C. com.), et par la simple tradition de la grosse elle-même (art. 1141 et 2279, C. civ.), quand elles sont stipulées payables au porteur du titre (Cf. Agen, 27 décembre 1875 ; Cass., 4 décembre 1878, S. 79.1.103, D. P. 79.1.14).

C'est à tort que l'on a voulu critiquer cette jurisprudence. Pendant longtemps certaines Cours d'appel ont repoussé les solutions que nous venons d'indiquer et des auteurs considérables les ont combattues (Lyon, 22 mars 1830, D. A., V° *Saisie-arrest*, n° 445-2°, S. 31.2.238 ; Grenoble, 7 février 1835, S. 35.2.340, D. A., V° *Effets de commerce*, n° 377 ; Limoges, 27 novembre 1845, S. 46.2.482, D. P. 47.2.37 ; Riom, 27 juillet 1875, cassé par Cass., 8 mai 1878, D. P. 78.1.241. Tous ces arrêts se rapportent à la clause à ordre. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXIV, n° 498 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, n° 217).

L'argument principal sur lequel s'appuie cette opinion est tiré de l'article 1690. Celui-ci, dit-on, a déterminé pour la validité de la cession à l'égard des tiers un

certain nombre de formalités exigées dans un intérêt de crédit comme le sont celles prescrites pour les mutations immobilières entre vifs (art. 937-941, C. civ. ; L. 23 mars 1855, art. 1, 3). Il y a donc là des formalités qui sont au-dessus de la libre volonté des parties qui ne peuvent pas à leur gré se dispenser d'y recourir ou les remplacer par d'autres. Dès lors l'emploi des clauses à ordre ou au porteur doit être limité aux titres pour lesquels la loi le consacre expressément tels que les lettres de change, les chèques, les connaissements, les actions de société, etc., et il doit être prohibé et écarté en ce qui concerne les créances civiles.

Ce raisonnement trop rigoureux n'a pas prévalu devant les nécessités de la pratique ; à l'encontre de cette interprétation étroite des dispositions de la loi, on a fait valoir un principe qui domine toute notre législation : celui de la liberté des conventions. En s'appuyant sur ce principe général la Cour de cassation a déclaré que les dispositions des articles 1690 et 1691 du Code civil ne sont pas d'ordre public et ne s'imposent pas toutes d'une façon absolue aux parties. Ces dernières en créant l'obligation, peuvent toujours réglementer au gré de leurs besoins et de leur volonté le mode de transmission de l'obligation (Cass. civ., précité, 8 mai 1878).

En somme, les adversaires de la jurisprudence actuelle prétendent que les articles 1690 et 1691 sont d'ordre public.

Quelle est la valeur de cette affirmation ?

La notion d'ordre public est une conception assez vague et dont il est assez difficile, en droit, de préciser les limites ; mais de bons auteurs ont soutenu qu'elle ne s'appliquait nullement à ces textes (Pascaud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1878, p. 705-719). En tout cas, ni le texte de la loi, ni les travaux législatifs ne permettent de penser que le législateur a voulu donner ce caractère aux dispositions des articles 1690 et 1691.

Ce caractère impératif des articles 1690 et 1691, tiendrait-il à ce que les mesures qu'ils organisent sont prises dans l'intérêt des tiers ; on doit alors décider que leurs dispositions n'ont plus ce caractère le jour où les tiers n'ont rien à craindre. Or la transmission de la créance par voie d'endossement ou de tradition ne fait courir aucun risque aux tiers, c'est-à-dire au débiteur cédé ou aux créanciers de l'endosseur. Le débiteur cédé n'est, en effet, nullement menacé, car, s'obligeant dans la forme à ordre ou au porteur, il savait que le titre souscrit par lui ferait l'objet de cessions successives qui le mettraient dans l'obligation de payer à l'échéance au porteur du titre ; en consentant à l'insertion de pareilles clauses, le débiteur a accepté implicitement d'avoir pour créanciers les porteurs successifs conformément à l'article 1690-2° du Code civil, puisque l'obligation hypothécaire est toujours faite par acte authentique (Cf. Beudant, note, D. P. 78.1.242, vol. II).

Au contraire, le débiteur qui s'engage dans les formes ordinaires, pense le plus souvent que celui qui lui réclamera le paiement au jour de l'échéance sera le créancier au profit duquel il s'est primitivement engagé ; il ne prévoit pas que la créance existant contre lui pourra faire l'objet d'une cession présentant un caractère anormal. C'est pourquoi l'article 1690 a exigé des formalités particulières, afin d'éviter que le cédé, dans l'ignorance de la cession, se libère entre les mains du créancier originaire au détriment du cessionnaire. Ce danger n'est pas à craindre lorsque le débiteur s'est engagé par un titre négociable, car il sait que son créancier peut changer et que c'est seulement entre les mains du porteur ou du bénéficiaire de l'endossement qu'il doit se libérer. Il n'a donc pas besoin d'être prévenu de chaque endossement par une notification.

Quant aux créanciers de l'endosseur, ils ne courent également aucun danger. Peut-être pourrait-on craindre que par suite de la facilité de l'endossement, un débiteur tombé en faillite ou en déconfiture ne détourne une part notable de son actif au détriment de ses créanciers ? L'article 447 du Code de commerce a prévu ce danger et permet d'annuler une cession faite dans de pareilles conditions par le failli. Quant au débiteur tombé en déconfiture, l'accomplissement des formalités de l'article 1690 ne constituerait pour ses créanciers aucune garantie particulière, puisque l'interdiction de disposer de ses biens ne frappe que les biens qui sont

sous la main de justice, et qu'en l'absence de saisie, il peut valablement céder sa créance. En cas de fraude, d'ailleurs, les créanciers seront, comme en droit commun, protégés par l'action paulienne (Pascaud, *Revue critique*, *loc. cit.*, et Beudant, note précitée).

En somme, par l'effet de la clause à ordre ou au porteur insérée dans le titre, et par suite de la forme des cessions qui en résulte pour celui-ci, les cessionnaires successifs, le débiteur cédé et, par l'intermédiaire de ce dernier, les créanciers du cédant, se trouvent avisés de l'éventualité des transports successifs de la créance ; de telle sorte que l'exigence des formalités de l'article 1690 ajoutées aux clauses à ordre ou au porteur serait une complication inutile. Aussi est-ce à bon droit que l'on a pu dire que : « Rien n'indique, dans l'article 1690, que la règle posée par la loi soit impérative. Il est vrai qu'il s'agit de formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers ; mais comme l'exclusion des formalités de l'article 1690 ne peut résulter que de la forme spéciale donnée au titre de créance, et que cette forme doit être connue des tiers, leur intérêt est sauvegardé. Les tiers intéressés dans le sens de l'article 1690 sont les cessionnaires de la même créance, le débiteur cédé, les créanciers du cédant qui veulent former sur la créance une saisie-arrêt.

« Les cessionnaires et le débiteur cédé connaissent nécessairement la forme du titre de créance ; les premiers en ont reçu la délivrance et le second a contribué

à sa création. Quant aux créanciers du cédant, ils sont avertis par le débiteur auquel ils s'adresseront avant d'opérer la saisie-arrêt.

« Les formalités de l'article 1690 sont gênantes et coûteuses. On comprend que les parties veuillent les écarter. Il y a là une véritable nécessité pour elles » (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 98).

La loi elle-même, d'ailleurs, semblait bien autoriser l'admission de la clause à ordre en admettant l'endossement de billets à ordre non exactement conforme au type légal (Note de M. Ch. Beudant, D. P. 78.1.243).

Bien que reconnaissant aux articles 1690 et 1691 un caractère impératif, certains auteurs (Ruben de Couder, *Dictionn.*, V° *Lettre de change*, n^{os} 471-482) ont prétendu qu'en matière commerciale, on pouvait leur apporter des exceptions et étendre à tous les effets commerciaux l'emploi de la clause à ordre ou au porteur. Ainsi, tandis que les titres constatant une créance civile ne pourraient être transmis que suivant les formalités de l'article 1690, il dépendrait de la volonté des parties d'adopter en matière commerciale un autre mode de transport.

C'est là une distinction inadmissible. Du moment que l'on reconnaît à ces articles un caractère impératif, celui-ci s'impose en toute matière, et c'est arbitrairement que l'on prétend pouvoir écarter les formalités qu'ils organisent en invoquant les usages et les besoins

du commerce. Quelque forts qu'ils puissent être, ils ne suffisent cependant point à écarter un texte formel et impératif. Mais, ainsi que l'a très bien fait remarquer la Cour de Paris, il n'y a pas lieu, pour résoudre la question de la validité de l'emploi des clauses à ordre ou au porteur, de rechercher le caractère civil ou commercial de l'acte. « La voie de l'endossement n'est pas un mode de transmission des créances exclusivement réservé au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre le caractère civil comme le caractère commercial (Paris, 2 avril 1879, D. 79.2.130).

Il faut également rejeter une autre doctrine qui prétend limiter l'emploi de la clause à ordre aux titres constatant des créances de sommes d'argent à échéance déterminée, et qui par là se rapprochent des billets à ordre (C. com., art. 188). L'exigence de cette double condition aurait pour effet d'exclure l'emploi de la clause à ordre en matière de lettre de voiture et de police d'assurance sur la vie. Le premier de ces titres, en effet, ne constate pas une créance ayant pour objet de l'argent, mais des marchandises, tandis que l'autre constate une créance à échéance indéterminée (Dubois, note, S. 75.1.109 ; Nancy, 9 mars 1872, S. 72.2.7).

Cette doctrine ne semble pas exacte. En effet, si la loi a exigé pour certains titres à ordre la double condition que l'on prétend étendre à tous les autres, c'est afin de leur donner, au point de vue de la circulation fiduciaire et du paiement, un rôle analogue à celui du

papier monnaie. Mais en réalité l'insertion de la clause à ordre a seulement pour but de faciliter la transmission du titre ; c'est dans cet esprit que la loi en admet l'emploi en matière de connaissance et de warrant (Cass., 7 mai 1878, S. 78.1.241 ; Lyon-Pascaud, *Revue critique*, 1881, p. 292 ; Trib. civ. Seine, 28 janvier 1880, *Le Droit*, 21 février 1880), et c'est pourquoi il ne faut pas hésiter d'en accepter l'extension aux autres titres.

Clause au porteur.

Quant à la clause au porteur, l'évolution de la législation sur cette matière vient confirmer la légitimité de son emploi.

Celle-ci est de date ancienne ; elle était déjà prévue et autorisée par l'article 432 de la coutume d'Orléans : « Porteur de lettres obligatoires peut faire exécution sur le débiteur obligé, comme ferait le débiteur principal si ce dit débiteur s'est obligé. » Ce que dit Pothier (Coutume d'Orléans, art. 432 et notes) veut dire « si le débiteur s'est obligé par le contrat de payer au porteur », et le commentateur ajoute : « La tradition de l'obligation faite par le créancier au porteur, lorsqu'il est dit qu'elle sera payable au porteur, est censée renfermer non une simple procuration, mais un transport qui a lieu contre les héritiers du cédant ». La royauté confirma à plusieurs reprises la validité de cette pratique des titres au porteur (Ordonnance de 1673 ; Déclarations du 26 février 1692 et du 21 janvier 1721), tandis

que la Convention en interdisait l'emploi « aux corps administratifs, aux compagnies et aux particuliers », leur défendant, sous menace des peines du faux monnayage, « de souscrire ou d'émettre des billets au porteur ». On craignait en effet, à cette époque, que ces billets ne fissent concurrence aux assignats ; mais cette prohibition ne devait guère durer. Le décret du 25 thermidor an III, en effet, en limita la portée en décidant qu'elle ne s'appliquait qu'aux effets et billets en circulation destinés à suppléer ou à remplacer la monnaie, de sorte qu'il restait « permis de souscrire et de mettre en circulation de gré à gré, comme par le passé, des dits effets et billets au porteur ».

La disposition de la loi du 25 thermidor an III n'ayant pas été abrogée par les lois postérieures (la Cour de cassation l'a expressément invoqué pour valider un billet au porteur, arrêt du 10 novembre 1829, note Tissier, S. 97.1.161), il en résulte que les particuliers peuvent valablement donner à leurs titres de créance la forme au porteur quand bien même il s'agirait de créances civiles nées entre non commerçants, puisqu'aucun texte postérieur n'est venu établir de prohibition à cet égard. Les termes « au porteur » n'ont rien de sacramentel. L'emploi de toute autre formule analogue est licite (Riom, 17 décembre 1840, *Gaz. Pal.*, 1846, t. II, p. 693). Une seule forme est prohibée à raison des abus auxquels elle pourrait donner lieu ; c'est celle des billets en blanc, le nom du créancier

laissé en blanc devant être rempli éventuellement au nom du porteur (L. 20 vendémiaire an IV, art. 1). Cet argument négatif tiré du silence des textes confirme les conclusions que nous avons dégagées du principe de la liberté des conventions et du caractère non impératif de l'article 1690.

En réalité, l'article 1690 n'a pas pour but de poser les règles normales du transfert de créance auxquelles l'emploi des clauses à ordre ou au porteur apporte une exception dont le domaine doit rester limité. Il y a là plutôt deux systèmes de transmissions des créances. Le Code civil a prévu le transfert des créances à personne déterminée ; il a laissé en dehors de ses prévisions les créances constatées par un titre à ordre ou au porteur et qui doivent par conséquent rester soumises aux formes simples et rapides de transport qui leur conviennent. Mais entre ces deux procédés de transport, les particuliers sont libres de choisir, et ils peuvent donner à toute créance, fut-elle même purement civile, née entre commerçants ou non commerçants, la forme à ordre ou au porteur.

L'opinion contraire a dû, sous la pression des faits, abandonner le caractère d'ordre public qu'elle prétendait attacher à l'article 1690. Le mouvement des idées et des besoins modernes imposait l'interprétation large à laquelle s'est définitivement ralliée la plus grande partie de la doctrine (Aubry et Rau, § 359 *bis*, texte et notes, 24 *bis*, 24 *ter*, 25, 5^e éd., T. S. p. 212 ; Pascaud,

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1878, p. 705-719 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 98 ; t. IV, n° 156 ; Beudant, note D. P. 78.1.241 ; Guillouard, *Traité de la vente*, t. II, n° 792 ; Baudry-Lacantinerie et Soignot, *De la vente*, p. 801 ; Tissier, note, S. 97.1.181 ; Thaller, *Traité de droit commercial*, nos 1337-1343).

SECTION II. — **Leur emploi en matière de
contrats synallagmatiques.**

Jusqu'ici, en discutant le point de savoir si un titre de créance peut, à la volonté des parties, contenir une clause à ordre ou au porteur, nous n'avons pas envisagé la source de la créance. On conçoit fort bien l'emploi de ces titres pour constater des obligations unilatérales, des prêts d'argent notamment. C'est en effet à ce propos que sont intervenues la plupart des décisions de jurisprudence, car c'est l'hypothèse la plus fréquente. Mais on doit se demander si la même forme pourrait s'employer en matière de contrats synallagmatiques ; on conçoit très facilement que le prêteur d'une somme d'argent soit en possession d'un titre muni d'une des clauses que nous étudions. Ayant lui-même besoin d'argent, voulant se libérer d'une obligation, il transmettra à son prêteur ou à son créancier le titre dont il est muni.

Mais comment fonctionnera ce procédé s'il s'agit d'un acte bilatéral, d'un contrat de vente par exemple dans lequel il existe à la charge de chacune des parties des

obligations réciproques? Envisageons par exemple la situation du vendeur :

Il est créancier du prix ; mais il est également tenu de certaines obligations qui sont la contre-partie de ses droits : obligation de délivrer la chose, obligation de garantie. Comment scinder ces deux éléments qui forment dans son patrimoine un tout indivisible ? Il ne paraît guère possible qu'il puisse transmettre à un tiers la créance du prix de vente qui lui appartient, en gardant à sa charge les obligations du contrat. Voulût-il les lui transmettre en même temps que la créance du prix, la clause à ordre ou au porteur est insuffisante pour atteindre ce résultat, car l'endossement ou la remise du titre, constatant seulement la stipulation du prix de vente, ne saurait en effet impliquer la volonté du cessionnaire de se substituer aux obligations du vendeur.

Cette substitution, qui n'est au fond qu'une cession de dette corrélatrice d'une cession de créance, impliquerait pour sa validité le consentement de l'autre partie, c'est-à-dire de l'acheteur. La cession, par le vendeur, de ses droits et de ses obligations, s'analyse en effet en une cession de créance et une cession de droits simultanées. Dès lors, tant que l'acheteur n'aura point adhéré à la convention de cession passée entre le vendeur et son cessionnaire, cette opération n'est qu'un simple projet qui ne deviendra définitif que par l'adhésion du créancier (Gaudemét, *Etude sur le transport de dettes*

à titre particulier, 1898 ; Planiol, t. II, n° 395). Déduire celle-ci de ce que l'acheteur a consenti à l'insertion, dans le contrat, d'une clause à ordre ou au porteur, paraît impossible à admettre ; son consentement à l'admission de ces clauses ne peut être interprété comme valant acceptation, comme débiteurs, des porteurs inconnus qui se sont successivement substitués au vendeur avec qui il a traité.

Dès lors, d'une part, la nécessité de l'acquiescement de l'acheteur au transport des obligations du vendeur, et, d'autre part, l'insuffisance des clauses à ordre ou au porteur pour opérer ce transport au cessionnaire, semblent exclure l'emploi de celles-ci dans les titres constatant des contrats synallagmatiques, une vente par exemple.

Cette doctrine est inexacte. Les arguments invoqués par la doctrine et la jurisprudence, en faveur de la validité des clauses que nous étudions, ont en effet un caractère général et valent pour toutes les créances, quel qu'en soit le contenu et l'origine, puisqu'ils ne portent que sur leur forme. D'ailleurs, si le raisonnement formulé contre la transmission, par voie d'endossement ou de remise du titre, des actes constatant un contrat synallagmatique était fondé, il rendrait impossible toute créance de ce genre même en observant les formalités de l'article 1690. S'il était vrai que chaque partie, dans un contrat synallagmatique, n'étant pas seulement créancier mais en même temps débiteur, ne peut céder

sa créance qu'à un tiers qui assumerait ses responsabilités, les formalités de l'article 1690 seraient tout aussi impuissantes à atteindre ce résultat que les clauses dont on conteste la légitimité. Or, personne n'a jamais prétendu que la créance du prix de vente fût incessible.

Il est inexact de vouloir considérer les droits et obligations d'une personne engagée dans un contrat synallagmatique, d'un vendeur par exemple, comme formant un tout indivisible. La situation de cette personne présente en quelque sorte deux faces ; une face active représentée par la créance du prix, une face passive. représentée par ses engagements envers l'autre partie. Les éléments actifs de sa situation peuvent être cédés par une forme quelconque (cession de l'art. 1690, subrogation, endossement, remise du titre), sans que cette cession implique en aucune façon le transport des éléments passifs. La cession de créance même réalisée dans les formes de l'article 1690, ne saurait transporter les engagements et obligations (côté passif) du cédant sans l'agrément de son contractant. Il ne pourrait y avoir cession de ces dettes et de ces engagements qu'en vertu d'une manifestation expresse de volonté de la part des deux débiteurs successifs et en outre d'une adhésion expresse du créancier.

Cette cession ne pouvant résulter de la simple insertion de la clause « payable à l'ordre ou au porteur », il en faut conclure que la négociation ne portera que sur la créance du cédant : la créance du prix. A

défaut d'une manifestation expresse de volonté de la part du vendeur, du porteur du titre et de l'autre partie, l'acheteur par exemple, le cédant restera débiteur et seule la créance qui lui appartenait (le prix) sera transmise et négociable. Il est fort possible que l'inexécution des obligations qui lui incombait, en tant que cette inexécution influerait sur le maintien du contrat, réagisse contre la cession de la créance du prix aux mains du cessionnaire. Mais ce résultat éventuel n'empêche pas que le porteur soit devenu créancier du prix aux lieu et place du cédant par la tradition ou l'endossement. Pareil résultat d'ailleurs se produit toutes les fois qu'il y a cession d'une créance résultant d'un contrat synallagmatique même dans les formes de l'article 1690.

C'est ce qu'a très bien expliqué M. Huc dans son *Commentaire théorique et pratique du Code de commerce*, t. X, n° 207, p. 277. « Dans les rapports synallagmatiques, dit-il, où chacune des parties est créancière et débitrice, il y a de part et d'autre un entrecroisement réciproque de créances et d'obligations multiples formant pour chaque partie un tout, un ensemble distinct. C'est cet ensemble qui n'est pas cessible. Néanmoins il convient de remarquer que cet ensemble n'est pas le moins du monde indivisible. Rien de plus facile, au contraire, que de le décomposer pour en séparer nettement les éléments actifs et passifs qui le constituent. Les éléments actifs sont les chefs de demande

distincte qui pourront faire l'objet d'une cession, les éléments passifs demeurant incessibles. Mais si les parties ont considéré le tout comme indivisé, la cession de ce tout est impossible, parce qu'elle ne peut avoir lieu qu'en transférant une dette, ce qui ne se peut. »

L'auteur que nous venons de citer se sépare sur ce dernier point de l'opinion que nous avons admise. Il déclare impossible la cession de dette, et par suite il déclare que si les parties ont considéré l'ensemble des créances et des dettes comme un tout indivisible, ce tout ne peut faire l'objet d'une cession. Ce n'est point ici le lieu d'examiner la question délicate de la cession de dette. Mais sa légitimité est aujourd'hui admise par de nombreux auteurs (Cf. Gaudemet, *loc. cit.* ; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 72-74 ; Planiol, t. II, n° 398. — *Contra*, Laurent, t. XXV, n° 211).

Il est possible que la conception théorique de l'obligation que se sont faits les auteurs du Code ne cadre pas très bien avec la théorie de la cession de dette. Mais il n'est pas interdit à la doctrine de substituer à cette conception traditionnelle une conception plus moderne ; et du moment où les conséquences que l'on en tire ne sont pas en contradiction avec les dispositions de la loi positive, on ne voit pas pourquoi la jurisprudence leur refuserait sa sanction. Si donc on admet la possibilité de la cession de dette, il faudra, contrairement à M. Huc, admettre que ce tout indivisible, constitué par l'ensemble des créances et des obligations de chaque partie

dans un rapport de droit synallagmatique, peut faire l'objet d'une cession par suite de la volonté expresse des intéressés. Mais si les parties ont entendu séparer la créance de cet ensemble, nous nous accordons avec cet auteur pour dire que cette cession est parfaitement licite, et qu'elle laisse subsister à la charge du cédant les obligations primitives qui le grevaient.

Si dans un contrat de vente, par exemple, les parties n'entendent faire passer au cessionnaire que la créance et les droits du vendeur, en laissant celui-ci grevé de ses obligations envers l'acheteur, leur volonté se réalisera sans obstacle puisqu'elles pourront recourir à cet effet aux clauses à ordre ou au porteur.

Ainsi toute créance, civile ou commerciale, issue de contrats synallagmatiques ou unilatéraux, peut être transmise à ordre ou au porteur. Mais ces clauses peuvent-elles être valablement insérées dans un acte quelconque ? Dans un acte notarié comme dans un acte sous seings privés ?

SECTION III. — Les clauses à ordre ou au porteur peuvent-elles être valablement insérées dans un acte quelconque : acte notarié et acte sous seings privés.

Dans un acte sous seings privés, l'affirmative ne peut faire doute en raison de la liberté des conventions (art. 1134, C. civ.). La validité de ces clauses est incontestable, et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement dans les actes notariés. Il n'y a en effet aucune

raison pour empêcher les particuliers qui veulent donner à leur contrat le caractère authentique de bénéficier de l'emploi de ces clauses à ordre ou au porteur, aucune disposition légale ne prohibant, en effet, l'usage de ces clauses.

C'est d'ailleurs ce que décide unanimement la jurisprudence qui a validé l'emploi des stipulations « payables au porteur ou à l'ordre de... » insérées dans les obligations notariées (Clause à ordre : Cass., 8 mai 1878, S. 78.1.292, D. 78.1.24, note Beudant. — Clause au porteur : Bordeaux, 22 janvier 1839, S. 39.2.258 ; 7 février 1846, S. 46.2.321 ; Angoulême, 24 décembre 1850, S. 52.2.32 ; Agen, 27 décembre 1875, S. 79.1.103 ; Cass. civ., 9 novembre 1896, S. 97.1.160, note de M. Tissier).

Pratiquement l'emploi de ces clauses peut se présenter soit sous forme d'une mention d'endos porté sur l'original remis aux parties si l'acte est rédigé en brevet ou par la mention des endossements successifs sur la grosse si l'acte est retenu en minute. S'il s'agit d'une clause au porteur, la négociation s'effectuera par la simple tradition de l'original ou de la grosse.

Le bénéficiaire de l'endossement sera autorisé à recevoir le paiement, et tout porteur du titre (grosse ou original) pourra se faire payer et bénéficier de la présomption légale de bonne foi admise en matière mobilière (Cass. civ., 25 avril 1863, S. 63.1.387 ; Req., 14 février 1877, S. 78.1.72).

La jurisprudence décide que l'endossement ou la tradition opère translation de la créance non seulement entre les parties, mais même vis-à-vis des tiers.

La légalité et l'efficacité de telles clauses insérées dans un acte en brevet ou dans la grosse ne peuvent donc plus faire doute aujourd'hui. On a cependant levé à cet égard une objection à un point de vue d'ailleurs tout pratique. Cette objection se tire de l'article 844 du Code de procédure civile qui, dans des circonstances exceptionnelles, permet, sur ordonnance du président du tribunal, d'obtenir la délivrance d'une seconde grosse. Il est clair, en effet, que pareille délivrance contrarierait le jeu régulier des négociations du titre, en risquant de constituer deux porteurs également investis de la créance. M. Beudant s'appuyant sur cet argument, a proposé de restreindre l'emploi des clauses dont il s'agit aux actes rédigés en brevet (note *in fine*, D. P. 78.1, p. 243, col. 2^e et p. 244, col. 1).

Lorsqu'il s'agit d'une obligation notariée rédigée en minute, M. Beudant prétend que « l'extension donnée à l'usage de la clause à ordre dépasse manifestement les prévisions du législateur ». « En fait, dit-il, dans les effets négociables, le droit se confond avec la remise du titre : c'est pour cela que l'endossement doit être mis sur le titre lui-même et ne peut être admis par acte séparé, c'est pour cela également que la quittance sans la remise du titre serait inefficace. Le titre porte donc inévitablement la trace des transmissions dont le droit

a été l'objet ; et alors il n'y a plus à craindre que les débiteurs soient exposés à payer sans le savoir, aux mains de qui n'est plus créancier ou que le créancier puisse tromper un cessionnaire en lui transmettant un droit déjà transmis à un autre. Par suite, il est tout naturel que l'acceptation ou la signification cessent d'être exigées. La dérogation au droit commun telle qu'il résulte des articles 1690 et 1691 du Code civil n'a aucun inconvénient. Il en est de même, quant aux créances civiles constatées par acte sous seings privés, ainsi que pour les mêmes créances formées par acte notarié délivré en brevet, mais la situation change complètement quand il s'agit d'obligations notariées, rédigées en minute. L'endossement, dans ce cas, est écrit au bas ou au dos de la grosse qui circule ; il peut alors arriver que le débiteur ou ses héritiers paient sur la minute au créancier originaire, ignorant la cession intervenue que rien n'a porté à leur connaissance. La dérogation au droit commun devient alors périlleuse. Il est vrai que le débiteur ou ses héritiers auraient alors un moyen d'éviter le danger qui les menace ; ce serait, sachant ou devant savoir que la créance est à ordre, d'exiger lors du paiement, la remise de la grosse. Mais il arrivera souvent qu'ayant stipulé cette remise, on ne veillera pas à ce qu'elle soit effectuée ; et le débiteur, qui se sera libéré aux mains du créancier originaire, dans l'ignorance de la cession, se trouvera encore obligé à l'égard du cessionnaire porteur de la grosse. » Dès lors, conclut

M. Beudant, on devrait limiter l'emploi de la clause à ordre aux actes notariés rédigés en brevet.

On peut répondre à l'objection sur laquelle s'appuie cette opinion, qui n'a pas été généralement admise, en faisant observer que la faculté exceptionnelle d'obtenir une seconde grosse dépend de l'appréciation discrétionnaire du président qui ne doit ordonner la délivrance d'une seconde grosse qu'à bon escient et après avoir examiné les raisons et circonstances qui peuvent motiver cette demande (Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VI, § 1230).

Or la présence de la clause à ordre ou au porteur signalée par la minute de l'acte, ne pourra qu'éveiller davantage encore l'attention du magistrat et l'engager à se montrer prudent pour éviter les dangers de la circulation simultanée de deux grosses pourvues des mêmes conditions de négociabilité.

Le risque couru par le débiteur de l'obligation notariée, n'est pas si grand que semble le croire M. Beudant. D'ailleurs cet auteur lui-même reconnaît que le débiteur a un moyen très simple de se mettre à l'abri, en exigeant la remise de la grosse lorsqu'il effectuera le paiement, et il ne paraît guère probable qu'il soit assez négligent pour ne pas veiller à ce que cette remise ait lieu.

Le danger couru par le débiteur n'existant pas, rien ne s'oppose à ce que l'on admette la validité de l'insertion des clauses que nous étudions, dans les actes no-

tariés, aussi bien ceux rédigés en brevet que ceux retenus en minute. Cette idée est vraie pour tous les actes notariés indépendamment de la nature de la créance qu'ils constatent. C'est ordinairement pour des actes constatant des prêts d'argent que la jurisprudence a eu à se prononcer ; mais les solutions qu'elle a données s'appuient sur des motifs qui ont une portée générale. Ses décisions sont d'ailleurs rédigées en termes généraux, et rien ne s'oppose à faire application des principes qu'elles ont consacrés, à tous les actes notariés quelle que soit leur cause.

Ainsi un jugement du tribunal d'Angoulême du 24 décembre 1850 (S. 52.2.321) a déclaré valable une cession de fermages à échoir, constatée par un acte notarié au porteur.

Cette interprétation d'ailleurs est logique puisque l'admissibilité de ces clauses est une question qui ne touche en rien à l'origine ou au contenu de l'obligation, et n'intéresse que la forme de la transmission de la créance.

Quelque réserve que l'on puisse encore maintenir en théorie, sur le bien-fondé absolu de la doctrine qui a prévalu, il est incontestable que cette doctrine inspire décidément, et sans laisser place au doute, la jurisprudence constante de la Cour de cassation que nous avons rapportée précédemment.

CHAPITRE II

DROITS DU PORTEUR DE L'ACTE NOTARIÉ MUNI D'UNE CLAUSE A ORDRE OU AU PORTEUR.

SECTION I. — Nature du droit du porteur de l'acte.

La question de savoir quels sont, au moment du paiement, les droits du porteur de l'acte notarié muni d'une clause à ordre ou au porteur, n'est qu'une forme particulière de la question plus générale que soulève l'insertion de ces clauses dans un acte quelconque. Le porteur est-il créancier direct du débiteur ou cessionnaire du créancier ?

Sur cette question, deux théories sont en présence :

La première admet qu'il y a un engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs. Ainsi, pour prendre l'exemple d'un contrat de vente par acte notarié affecté d'une clause au porteur, l'acheteur serait tenu envers tous les porteurs successifs. Cette idée, bien qu'affirmée par quelques décisions judiciaires (Cass. civ., 9 novembre 1896, précité ; Pau, 6 avril 1886, S. 88.214), n'est pas en général admise par la doctrine française ni par la jurisprudence. Elle inspire au contraire la grande majorité des auteurs allemands et a été

dans une certaine mesure consacrée par le nouveau Code civil allemand (art. 130 et 145).

Cette doctrine a été résumée dans les termes suivants par M. Saleilles : « La création du titre fonde l'obligation ; celle-ci résulte d'un acte unilatéral et non d'un contrat. Le droit qui est incorporé au titre ne passe pas aux porteurs successifs par voie de cession, de telle sorte que chacun soit censé tenir son droit d'un précédent porteur, ni par voie de novation, chaque créancier se substituant l'un à l'autre, mais acquérant un droit propre et direct contre le souscripteur. Le droit qui résulte du titre consiste dans une obligation dont le créancier est incertain, la volonté incarnée dans le titre constituant un engagement ferme indépendamment de toute acceptation. Le droit se conserve, alors même qu'il n'existe aucun titulaire du droit, comme par exemple en cas de perte du papier, ou dans le cas où il revient aux mains du débiteur. Enfin, l'indétermination sur la personne de l'ayant droit cesse par la présentation du titre ; chaque porteur successif est le créancier éventuel, celui-là seul est le créancier définitif qui présente le titre » (Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation depuis le projet du Code civil allemand*, 1901, n° 277, p. 314).

Ainsi, d'après cette doctrine, la déclaration unilatérale de volonté lie son auteur en dehors de toute acceptation par une autre personne. L'obligation résulte de la création même du titre. A la vérité, pour que le titre produise un effet pratique, il faut qu'il soit passé des

maines de son souscripteur en celles d'un tiers, car ce ne peut être contre lui-même que le souscripteur se prévaudrait du droit qui est incorporé dans le titre. Néanmoins, c'est de la souscription même, et dès le moment où elle a lieu, que le droit prend naissance ; dès lors il n'y a aucune utilité de faire intervenir en notre matière l'idée de contrat. Par le seul fait de son engagement, le débiteur est tenu envers chaque porteur successif, qui, par le fait de la souscription du titre, devient créancier direct et non seulement cessionnaire du débiteur.

Cette doctrine a été acceptée en France par plusieurs auteurs (Worms, *De la volonté unilatérale*, Paris, thèse, 1891, Saleilles, *loc. cit.*).

Mais en général elle a été repoussée par la doctrine (Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 1891, t. I, p. 185 et suiv. ; Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, 1907, p. 267 ; Thaller, *De la nature juridique du titre de crédit*, 1907). Elle heurte, en effet, les conceptions auxquelles nous sommes habitués, et il ne paraît pas d'ailleurs que l'idée qui lui sert de base soit exacte. Il ne paraît guère possible d'admettre que la volonté individuelle soit à ce point souveraine, que l'engagement pris par une personne sous la forme d'une simple déclaration de volonté de sa part, possède l'efficacité juridique d'une obligation. C'est s'exagérer la puissance de la volonté, que de lui donner cet effet absolu. Les auteurs mêmes qui professent l'opinion que

nous combattons, sont bien obligés de le reconnaître, puisqu'ils admettent que tant que la volonté unilatérale n'en a point rencontré une autre qui vient se joindre à elle, le lien obligatoire ne peut se former, et que cette « exigence » ne pourra jamais être supprimée puisque la volonté individuelle, souveraine sur elle-même, est « sans effet à l'égard des tiers » et que « nul ne peut devenir créancier sans sa volonté ». Si donc, il ne me suffit pas, pour être débiteur vis-à-vis de quelqu'un, de vouloir m'obliger, s'il faut que ma volonté se rencontre avec la volonté d'une autre personne qui veut devenir mon créancier, on ne voit pas quel est le rôle de la volonté unilatérale. Si nul ne peut devenir créancier sans sa volonté, si la formation d'une obligation implique une entente, une rencontre de volonté entre le créancier et le débiteur, cela revient à dire que l'obligation a sa source dans un contrat.

La théorie de la déclaration unilatérale de volonté ne paraît pas plus exacte dans son application aux titres négociables, qu'elle ne l'est dans son principe.

Si le souscripteur du billet est tenu par sa seule souscription en vertu de son engagement unilatéral, à l'encontre de tous les porteurs successifs du titre, il est tenu envers eux indépendamment des circonstances dans lesquelles ils auront acquis ce titre. L'engagement unilatéral qu'il a souscrit l'oblige donc à payer même entre les mains d'un porteur de mauvaise foi, d'un voleur du titre ; telle est du moins la conclusion logique à la-

quelle conduit le principe que le signataire du titre s'est, par le seul fait de sa souscription, engagé envers tout porteur quel qu'il soit. Cette conclusion logique tirée de la volonté présumée du souscripteur, est certainement contraire à la volonté réelle de ce dernier.

Il y a donc dans la doctrine que nous combattons, une contradiction qu'a très bien indiquée M. Wahl (*loc. cit.*, n^{os} 245-273) et cette contradiction est inévitable. Le caractère unilatéral de son engagement laisse en effet supposer qu'il l'a pris sans vouloir accorder aucune considération aux circonstances par suite desquelles le titre se trouvera, au jour de l'échéance, entre les mains d'un porteur ou d'un autre. Du caractère unilatéral de son engagement on peut théoriquement déduire qu'il a voulu s'engager à payer même entre les mains d'un voleur, et cependant il est manifeste qu'il n'a pas voulu une telle conséquence. Il y a donc entre le principe et la conséquence logique que l'on en tire une autonomie d'autant plus grave qu'il est impossible de la corriger par un tempérament d'équité. Le principe de l'engagement unilatéral, en effet, n'a de valeur qu'autant qu'il implique obligation stricte de se libérer entre les mains du porteur quel qu'il soit. Accorder au souscripteur comme une exception de dol pour lui permettre de refuser de payer entre les mains du voleur serait donc en opposition avec le point de départ même de la doctrine.

Il y a dans cette théorie de l'engagement unilatéral

une contradiction inévitable qui suffit pour faire condamner le système.

Il est beaucoup plus simple et plus exact de s'en tenir à l'idée que la souscription du billet n'est pas par elle-même un moyen de s'engager, mais simplement le moyen de constater une obligation préexistante. En effet, « le souscripteur est engagé lorsqu'il se dessaisit en vertu d'une convention spéciale ou de l'exécution préexistante, du titre préalablement signé par lui et non lorsqu'il donne cette signature » (Wahl, *loc. cit.*, n° 256, p. 197). La signature d'un titre négociable ne constitue pas un engagement nouveau et indépendant ; c'est simplement la reconnaissance d'une dette antérieure, et cette idée est surtout évidente quand il s'agit d'obligations constatées par un acte notarié.

Mais en écartant la doctrine de l'engagement par une déclaration unilatérale de volonté, nous n'avons pas encore résolu la question que nous posions au début de ce chapitre. Le porteur est-il directement créancier du débiteur ou n'est-il que cessionnaire du créancier primitif ?

Sans doute, le débiteur qui a souscrit le titre était obligé, en vertu d'un contrat préexistant et non par le fait même de la souscription ; mais quelle est sa situation à l'égard des porteurs successifs du titre ? Chacun d'eux ne peut-il pas dire que la souscription du titre a constitué à son égard un engagement distinct qui l'a rendu personnellement créancier du débiteur ; ou bien

le porteur du titre n'a-t-il d'autre droit que celui appartenant au créancier originaire qui le lui a transmis par voie de cession ? En matière de titre à ordre, peut-on dire de même que les bénéficiaires des endossements successifs du titre sont devenus directement créanciers du débiteur engagé envers eux par le seul fait de l'endossement au profit du premier créancier, ou bien, au contraire, y a-t-il seulement une série de cessions opérées par voie d'endossement, de la créance résultant du contrat primitif ? (Tissier, note Sirey, sous Cass. civ., 9 novembre 1896, S. 97.1.161).

Il semble, au premier abord, que l'on pourrait admettre la théorie de l'engagement direct du débiteur envers les détenteurs successifs du titre, en s'appuyant sur l'article 1121 du Code civil autorisant les stipulations pour autrui. Sans doute la promesse du débiteur ayant dans la stipulation pour autrui un caractère purement personnel (Planiol, t. II, 1907, n^{os} 1017-1089), on ne peut pas dire que le débiteur, en s'engageant envers le créancier originaire, se soit engagé envers tous les porteurs successifs ; mais on pourrait analyser l'opération en ce sens que le créancier primitif a stipulé au profit de tous les porteurs.

Quelque séduisante que paraisse cette idée, il n'est pas possible de l'admettre, car elle est contraire au caractère de personnes indéterminées que présentent les porteurs successifs au moment du contrat entre le créancier primitif et le débiteur. Sans doute, la juris-

prudence valide bien certaines stipulations pour autrui dont les bénéficiaires sont des personnes indéterminées, mais si l'on examine les différentes hypothèses admises par la jurisprudence, on constate que, bien qu'indéterminés au moment du contrat, ces bénéficiaires sont déterminables le jour où ce contrat produira effet ; les circonstances dans lesquelles intervient l'opération, les clauses qui sont insérées dans le contrat. limitent le cercle des personnes parmi lesquelles pourront se recruter ces bénéficiaires qui sont déterminables au jour où la convention devra recevoir effet à leur profit.

La jurisprudence a fait l'application de cette idée dans différentes hypothèses, dont les principaux exemples sont l'assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra (Amiens, 10 juin 1887, D. 89.2.181 ; Cass., 5 mars 1888, D. 88.1.365, S. 88.1.315), les clauses insérées en faveur des ouvriers (Poitiers, 20 juin 1889, D. 90.2.159), dans les cahiers des charges d'adjudication des travaux publics et les fondations au profit des pauvres (Cf. Planiol, t. II, n° 1237).

Il en est autrement en notre matière. Les détenteurs successifs du titre à ordre ou au porteur sont, non seulement des personnes indéterminées, mais indéterminables. Dès lors, il est impossible de chercher pour la théorie de l'engagement direct du débiteur envers les détenteurs successifs, un point d'appui dans l'article 1121 du Code civil, et il faut reconnaître que « l'en-

gagement envers une personne incertaine froisse la logique du droit et n'est consacré dans le change que pour des raisons de crédit » (Thaller, *Traité de droit commercial*, 1904, n° 1502).

En désaccord avec les conceptions générales de notre droit en matière de formation d'obligations, la théorie de l'engagement unilatéral n'est pas davantage d'accord avec les faits, dont il résulte, bien plutôt, que l'opération est une cession de créance. Examinons les créances mêmes : Deux personnes ont fait un contrat, un prêt par exemple. L'obligation a pris naissance à la charge du débiteur au profit du créancier avec lequel il a traité et envers qui il a entendu s'engager. C'est uniquement entre ces deux personnes que le contrat s'est formé et existe. Pour constater ce contrat, les parties ont dressé un acte auquel, pour des raisons d'utilité pratique, elles ont convenu de donner la forme à ordre ou au porteur. L'adoption de ces clauses ne modifie en rien l'opération qui n'existe encore qu'entre ces deux personnes seulement ; elles seules se connaissent, et c'est de leurs deux volontés seules qu'est née l'obligation ; enfin, c'est envers le premier créancier seul que le débiteur s'est engagé.

Pour lui permettre de monnayer plus facilement son titre de créance, pour en assurer une circulation plus facile, le débiteur a consenti à l'insertion d'une clause, à ordre ou au porteur, c'est-à-dire qu'il en a accepté la cession éventuelle. Mais l'admission de ces clauses ne touche que la circulation et la cession du titre ; elle n'a

aucune influence sur les circonstances de sa formation. Lorsque, conformément aux clauses insérées dans le titre, celui-ci sera, par voie d'endossement ou de tradition, remis à de nouveaux détenteurs, ces endossataires ou porteurs successifs, seront des cessionnaires du créancier originaire. Ils n'auront, à l'encontre du débiteur, qu'un droit dérivé provenant de la cession à eux consentie par le créancier primitif. Ils ne seront pas les créanciers directs du débiteur qui n'a point traité avec eux et ne pouvait les avoir en vue au moment de la formation de l'obligation.

Ces idées sont celles d'un certain nombre de décisions judiciaires, mais en cette matière la jurisprudence est loin d'être arrivée à une formule définitive, et ses solutions sont encore hésitantes et contradictoires.

Dès le milieu du siècle dernier, la Cour de cassation consacrait, en matière de titres à ordre, l'idée d'un engagement direct du débiteur envers les endossataires successifs. Un arrêt du 18 mars 1850, notamment, a parfaitement motivé cette solution : « Attendu que le débiteur qui s'engage par un titre payable à ordre, accepte d'avance pour créanciers non seulement le bénéficiaire ou preneur du billet, mais encore tous ceux qui en deviendraient propriétaires par des endossements successifs ; à la différence du cessionnaire d'une créance ordinaire, auquel le Code civil accorde contre le débiteur autant de droits seulement qu'en avait le cédant qu'il représente, le porteur de l'endossement a pour

débiteur direct le souscripteur sans intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs qui ne se représentent pas les uns les autres, mais dont chacun a été, de son propre chef, créancier du souscripteur (S. 50.1.254). » La Cour de cassation a consacré la même idée dans des termes presque identiques : « Le porteur d'un titre à ordre qui en est devenu propriétaire par endossement régulier, a pour débiteur direct le souscripteur sans intermédiaire des endosseurs qui ne se représentent pas les uns les autres » (S. 91.1.296).

Mais d'autres arrêts décident que par suite de l'endossement, il y a une série de cessions acceptées à l'avance par le débiteur, de telle sorte que l'endossement a pour effet de transmettre l'obligation vis-à-vis du débiteur, de même qu'entre le cédant et le cessionnaire (Cass., 8 mai 1878, S. 78.1.292 ; Cass., 7 mai 1879, S. 79.1.421).

En matière de titres au porteur, les arrêts sont en général assez brefs. Des arrêts assez rares ont affirmé l'idée que le porteur n'est à l'égard du débiteur qu'un cessionnaire (Bordeaux, 22 janvier 1839 et 7 février 1846, S. 39.2.258 ; 46.2.321).

L'autre doctrine d'après laquelle le porteur serait un créancier direct du débiteur, a été nettement formulée par un arrêt de la Cour de Pau de date plus récente (Pau, 6 avril 1886, S. 88.2.14). A propos des billets au porteur, cet arrêt : dit « Attendu que la conséquence des principes qui leur sont applicables, est que les billets de cette na-

ture se transmettent par la simple tradition de la main à la main, sans aucune formalité envers le débiteur, ce dernier n'étant obligé qu'envers le porteur ; qu'il suit de là que le porteur est devenu créancier direct du souscripteur et non l'ayant cause de celui dont il a reçu les billets. »

La même idée a inspiré plus récemment un arrêt de la Cour suprême. L'espèce dans laquelle est intervenue cette décision présente pour nous d'autant plus d'intérêt qu'il s'agissait d'une créance constatée par un acte notarié et stipulée « payable au porteur de la grosse du titre ».

« Attendu, dit cet arrêt, que dans ces sortes d'obligations, le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui en deviendront successivement porteurs ; qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre... » (S. 97.1.162. — Cf. Saleilles, *loc. cit.*, nos 268, 272, 280, p. 289, 294, 311).

Etant donné la diversité de ces solutions, il est difficile de porter une appréciation sur notre jurisprudence. Certaines de ses décisions semblent faire admettre avec plus ou moins d'étendue l'idée de l'engagement unilatéral, mais la jurisprudence poussera-t-elle plus avant dans cette voie, ou n'est-ce qu'un courant destiné à disparaître ? Il serait peut-être téméraire de vouloir se prononcer sur ce point (Tissier, note Sirey, 97.1.161).

Ayant ainsi déterminé d'une façon générale la situa-

tion du porteur du titre, il importe de faire l'application de ces idées au cas particulier du porteur d'un acte notarié, en recherchant dans quelles conditions il pourra obtenir son paiement, s'il pourra se prévaloir des sûretés accessoires qui garantissaient la dette primitive, et dans quelle mesure les exceptions, que le débiteur pouvait opposer au créancier primitif, pourront lui être opposées. Ce sera l'objet des trois sections de ce chapitre.

SECTION II. — Du paiement du titre.

L'insertion, dans un acte notarié, des clauses que nous étudions, permet à celui qui en est porteur, au jour de l'échéance, de réclamer son paiement au débiteur, et ce dernier est obligé de s'acquitter entre les mains du porteur du titre. Au point de vue de l'échéance et de la réception du paiement, il est dans une situation analogue à celle du débiteur tenu par un effet de commerce. Mais à tous les points de vue, cette situation est-elle identique ?

Le débiteur doit payer à l'échéance, et l'on doit appliquer à celui qui paie entre les mains du porteur d'une grosse, la présomption de valable libération attachée par l'article 145 du Code de commerce au paiement d'une lettre de change à son jour d'échéance et en l'absence d'opposition. En pareille hypothèse, celui qui a ainsi payé, étant présumé valablement libéré, ne

pourra être contraint de payer une seconde fois sous le prétexte qu'il a payé entre les mains d'un faux porteur ou d'un porteur incapable.

Il en est autrement quand le paiement a été fait avant l'échéance. En pareil cas, celui qui a payé est responsable de la validité du paiement. Or, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer cette règle en notre matière. En convenant d'insérer dans le contrat une clause à ordre ou au porteur, les parties ont consenti à ce que le débiteur puisse valablement se libérer au jour de l'échéance entre les mains de celui qui se présenterait régulièrement comme porteur du titre. Ce porteur n'est pas personnellement connu du débiteur ; tout ce que l'on peut exiger, c'est que le titre soit venu en sa possession par une série de traditions ou d'endossements réguliers. Cela suffit pour que le débiteur puisse valablement se libérer de bonne foi entre ses mains. C'est là une règle générale tenant à la nature même du titre à ordre ou au porteur, et qui est exigée par la nécessité d'une bonne et facile circulation de ces titres.

Ces raisons, au contraire, font défaut pour le cas où le débiteur paye avant l'échéance. Ce paiement anticipé peut paraître suspect, car, disposé à payer, mais n'étant pas obligé de le faire immédiatement, le débiteur avait le temps de se renseigner sur l'identité et la capacité du porteur ; il est en faute de ne pas l'avoir fait, et peut de ce chef engager sa responsabilité.

En matière de paiement d'effets de commerce, il est

une autre règle qu'il nous paraît inutile, au contraire, d'étendre à notre matière : c'est la prohibition des délais de grâce. Il y a là, en effet, une règle qui se justifie uniquement par des raisons particulières tirées des exigences du change et de la nécessité d'assurer aux effets de commerce une circulation comparable à celle de la monnaie et une grande certitude de paiement à l'époque convenue.

Le débiteur est donc tenu de payer à l'échéance ; mais une difficulté se présente pour le cas où le porteur de la grosse ne réclame pas son paiement à cette date. Le Code civil a organisé, pour le cas où le créancier refuse de recevoir son paiement à l'échéance, une procédure de mise en demeure du créancier. La procédure des offres réelles et de la consignation, telle qu'elle est organisée par les articles 1257 à 1259 du Code civil, est en effet inapplicable en notre matière, puisque le débiteur ne connaît pas son créancier. Mais il existe une autre procédure ancienne organisée pour les titres négociables par le décret du 6 thermidor an III, pour tous les titres négociables, complété par une ordonnance du 3 juillet 1816, art. 2. — 1° Si le porteur ne se présente pas dans le délai de trois jours à dater de l'échéance, le débiteur est autorisé, pour se libérer, à déposer la somme due à la Caisse des dépôts et consignations. Un certificat de dépôt lui est délivré qu'il remettra au porteur quand celui-ci se présentera, grâce auquel le porteur pourra retirer la somme ainsi déposée.

Non seulement, le débiteur doit payer au jour de l'échéance, mais, en outre, il ne peut payer que sur la présentation du titre ; il y a à cet égard, en cas de perte du titre, une grande différence entre les créances à ordre ou au porteur et les créances à personne dénommée de l'autre.

Lorsqu'il s'agit d'une créance à personne dénommée, la perte du titre n'autorise pas le débiteur à refuser son paiement au créancier. L'article 1240 du Code civil, en effet, valide le paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance. Or la possession de bonne foi de la créance ne résulte pas nécessairement de la détention du titre ; elle résulte de la réunion de diverses circonstances qui a pu faire croire au débiteur qu'il avait en face de lui le véritable créancier, et que la réclamation de celui-ci, malgré l'absence du titre, est au contraire le seul moyen de reconnaître le créancier. Mais, lorsque la créance est constatée par un titre au porteur ou à ordre, le débiteur ignorant, au moment où il s'est engagé, qui sera porteur du titre au jour de l'échéance, l'inspection de ce titre est pour lui le seul moyen d'apprécier le droit du porteur. On ne comprendrait donc pas qu'il pût payer ou pût être forcé de payer autrement que sur la présentation du titre. Aussi, l'article 148 du Code de commerce déclare-t-il que le paiement effectué sans la remise de celui-ci est sans valeur, disposition qui, par la généralité des raisons qui l'expliquent, doit être étendue aux titres notariés munis d'une clause à ordre ou au porteur.

Malgré cette décision, il n'y a point lieu de craindre que le débiteur ne paye entre les mains d'un porteur irrégulier qui aurait trouvé le titre perdu par le porteur véritable. L'article 149 du Code de commerce, en effet, a édicté en pareille hypothèse une décision qu'il y a lieu d'étendre aux obligations notariées : il autorise celui qui a perdu le titre à faire opposition entre les mains du débiteur pour éviter que celui-ci ne paye entre les mains de celui qui aurait trouvé ce titre.

L'article 149 du Code de commerce contient en revanche une autre disposition qu'il paraît inutile d'étendre aux actes notariés. En dehors du cas de perte du titre ou de faillite du débiteur, il exclut toute opposition ou saisie-arrêt au paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Il y a là encore une disposition particulière au change et qui ne doit pas être étendue en dehors de cette matière ; ce sont en effet des considérations d'ordre pratique qui expliquent la solution de l'article 149. Ce qui domine toute la théorie des effets de commerce, c'est la nécessité primordiale d'en assurer le paiement à l'échéance ; or la possibilité de faire des oppositions au paiement d'une lettre de change aurait ouvert la porte à des fraudes nombreuses : des débiteurs gênés au moment de l'échéance, auraient recours à des saisies-arrests de complaisance, précisément pour retarder la date du paiement. Il y a là une considération spéciale à cette matière et qui n'a aucun effet à l'égard des créances dont nous nous occupons ; la règle de l'arti-

cle 149 n'est pas une conséquence naturelle de la clause à ordre : c'est pourquoi, l'étendre à tous les titres à ordre, ce serait permettre aux débiteurs de soustraire à leurs créanciers une partie importante de leur gage.

Ainsi le débiteur est obligé de payer au jour de l'échéance sur présentation du titre. Au cas où ce débiteur ne s'exécute pas, le porteur aura un recours contre le créancier originaire ou contre les porteurs successifs du titre. Or dans quelle mesure ces différentes personnes sont-elles tenues à garantie ? Deux conceptions sont ici en présence : celle du Code civil en matière de cessions de créances, et celle du Code de commerce en matière de titres à ordre.

D'après les articles 1693 à 1695 du Code civil, on sait que le cédant ne garantit au cessionnaire que l'existence de la créance au moment de la cession ; du moment que la créance existait à son profit au moment où il l'a transmise, le créancier cédant n'a à craindre aucun recours de la part du cessionnaire, à raison de l'insolvabilité du débiteur cédé au jour de l'échéance.

Tout autre est le système du Code de commerce. Tous les signataires du titre sont en effet, en cas de non-paiement à l'échéance, solidairement garants non seulement de l'existence, mais même du paiement à l'échéance (art. 140 et 164, C. comm., pour les lettres de change et le billet à ordre ; art. 313, pour les actes de prêts à la grosse ; art. 4, loi de 1865, pour le chèque).

Cette garantie solidaire, qui constitue une lourde

aggravation des règles de la garantie en matière de cessions de créances, doit-elle être considérée comme un effet essentiel de la clause à ordre, de telle sorte qu'on doive l'étendre à tous les titres où celle-ci est insérée, ou au contraire est-ce une règle spéciale au change et qui s'explique par des considérations particulières en cette matière ?

Cette dernière idée paraît être plus exacte.

Ainsi que dit M. Boistel, « le motif de cette règle, c'est que les effets de commerce doivent circuler comme une véritable monnaie et être reçus partout pour leur valeur nominale (sauf l'escompte) ; il ne faut pas que l'on soit obligé d'évaluer la solvabilité du débiteur. La rapidité de circulation de ces effets rendrait impossible toute recherche de la solvabilité des parties ; chacune, en prenant un effet, suit seulement la foi de son cédant » (Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 753).

La garantie solidaire imposée aux endosseurs successifs de la lettre de change, a donc sa raison d'être dans le rôle de monnaie commerciale que sont destinés à jouer la lettre de change et le billet à ordre. C'est pour en assurer une circulation rapide et facile que cette règle a été posée, et elle doit leur rester propre.

Nous l'écartérons donc en notre matière, et nous ne reconnaitrons, au profit du porteur d'une grosse notariée pourvue de la clause à ordre contre le créancier originaire et les endossataires successifs, que les droits qui appartiennent au cessionnaire d'une créance ordinaire,

en vertu des articles 1693 et suivants du Code civil (en ce sens Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 1342).

A un dernier point de vue, les actes notariés pourvus de la clause à ordre se séparent des titres de commerce.

La dette constatée par l'acte notarié sera soumise à la prescription de droit commun, c'est-à-dire trente ans (art. 2262, C. civ.), et son point de départ sera celui indiqué par l'article 2257, c'est-à-dire l'arrivée de la condition, le jour de l'éviction, soit enfin le jour de l'échéance d'une créance à jour fixe. Il n'y a pas lieu, en effet, d'appliquer ici la prescription spéciale de cinq ans édictée pour les effets de commerce par les articles 189 et 432 du Code de commerce lorsque le protêt a été dressé dans le délai fixé par la loi.

De ce qui précède, il résulte que l'on doit appliquer, au paiement de la dette constatée par une obligation notariée munie d'une clause à ordre, les règles du paiement édictées en matière de titres à ordre et qui résultent de la nature même de ces titres, telles que l'obligation de payer au jour fixé pour l'échéance et sur la présentation du titre.

Mais, à l'inverse, on doit écarter toutes les règles qui, sans tenir à la nature même du titre à ordre, s'expliquent uniquement par le désir d'assurer la circulation rapide des effets de commerce en leur permettant de jouer le plus parfaitement possible le rôle de monnaie.

Telles sont, par exemple : la prohibition des délais

de grâce, la responsabilité solidaire des endosseurs successifs, la prescription abrégée de cinq ans. Toutes ces règles doivent donc être réservées spécialement aux effets de commerce et aux chèques.

SECTION III. — **ransfert des sûretés attachées
à la créance.**

En vertu du principe fondamental de toute cession de créance, les droits du porteur de la grosse sont exactement ceux de son cédant. Par suite, il sera, par la simple remise ou l'endossement de la grosse à son profit, et sans aucune autre formalité, investi, *erga omnes*, non seulement de la créance principale avec tous ses avantages (titre exécutoire, droit aux intérêts...), mais encore de tous les accessoires de cette créance, tels que cautions, privilège, hypothèque de même rang que les porteurs précédents.

Cependant, on a autrefois soutenu, relativement tout au moins à l'hypothèque, que celle-ci ne serait pas transmise en même temps que la créance elle-même (Dalloz, *Répertoire*, V° *Effets de commerce*, n° 373).

A l'appui de cette idée, on raisonnait de la façon suivante :

La connaissance publique du véritable propriétaire de la créance est une condition substantielle du droit hypothécaire (art. 2148) : le cessionnaire n'échappe pas à cette règle (art. 2152). Or, le défaut de publicité

que subirait l'hypothèque, par suite de la forme à ordre ou au porteur, rendrait impossible la purge par les tiers acquéreurs, ce qui entraînerait une grosse perturbation dans l'économie du régime hypothécaire.

Mais cette façon de voir n'a pas prévalu, et en doctrine comme en jurisprudence c'est une opinion aujourd'hui presque unanime que la transmission de la créance entraîne transmission de l'hypothèque qui en est l'accessoire (Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. com.*, t. VI, n° 1532 ; Dalloz, *Répertoire*, V° *Privil. et hypothèques*, n° 1267. — Bordeaux, 7 février 1846, S. 46.2.231 ; Alger, 7 mai 1870, D. 71.2.1 ; Cass., 29 juin 1881, D. 82.1.106).

La preuve que la cession de la créance, cédée en la forme à ordre ou au porteur, entraîne accessoirement transmission de l'hypothèque qui y est attachée, résulte d'une façon certaine des lois du 10 décembre 1874, article 12, et du 10 juillet 1885, article 12. La solution donnée par ces textes ne vise expressément que l'hypothèque maritime, mais il n'y a aucun motif sérieux de ne pas l'étendre à l'hypothèque immobilière.

Il n'y a là d'ailleurs qu'une application de la règle générale de l'article 1692 du Code civil en vertu duquel la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance tels que cautions, privilèges, hypothèques. La jurisprudence a eu à faire application de cette idée au privilège du vendeur, et elle a décidé d'une façon constante que le privilège se transmettait au porteur de la

grosse accessoirement à la créance du prix de vente (Bordeaux, 7 février 1846, S. 46.1.321 ; Angoulême, 24 décembre 1850, S. 52.2.321 ; Req., 10 avril 1831, S. 31.1.371 ; Req., 21 février 1838, S. 38.1.208 ; Alger, 7 mai 1870, S. 71.2.16 ; — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 129 ; t. II, n° 604).

L'argument fondamental que l'on invoquait contre cette transmission, était tiré de l'article 2148 du Code civil qui exige, dans l'inscription hypothécaire, l'indication du créancier. Cette condition est, dit-on, impossible à remplir, puisqu'au moment où l'inscription de l'hypothèque est prise, on ignore qui sera créancier au jour de l'échéance, ce créancier étant forcément indéterminé, puisque ce sera le dernier endossataire ou porteur du titre à cette date.

L'argument n'est pas sans réponse, et on l'a écarté de deux façons différentes :

Une première réfutation consiste à dire que rien n'exige dans la loi que l'inscription hypothécaire soit, en ce qui concerne le nom du créancier, la reproduction du titre. Dès lors, il suffira, dit-on, de prendre inscription au nom pur et simple du « porteur » de la grosse. D'ailleurs en pratique le nom du premier porteur de la grosse est toujours indiqué dans l'acte constitutif de prêt, et par suite connu au moment de l'inscription de l'hypothèque. Seul le nom du créancier futur à l'époque de l'échéance est inconnu (en ce sens : Wahl, *Traité des titres au porteur*, p. 364 et 365 ; Aubry et Rau, t. III,

§ 270, note 1 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, t. II, n^{os} 1614 et 1615 ; Laurent, t. XXXI, n^o 45. — *Contrà* : Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, t. III, n^o 1154 ; — Poitiers, 15 décembre 1829, S. 30.2.923).

Le procédé qui consiste à prendre l'inscription au nom pur et simple « du porteur » de la grosse, bien qu'admis par des auteurs considérables, serait peut-être d'une pratique défectueuse.

Il en est un autre qui paraît préférable et dont on ne saurait contester la validité (Wahl, *op. cit.*, p. 365. — Cass. civ., 20 octobre 1897, S. 97.1.489 ; Cass., 8 janvier 1888, *Journal des Sociétés*, 1888, p. 648 ; Trib. Bourges, 8 mars 1888, *Pand. franç.*, 88.2.161 ; Trib. Lyon, 6 mai 1886, S. 86.2.594 ; Aix, 8 avril 1878, S. 79.2.313 ; Douai, 12 mai 1880, D. 82.2.343). Il suffit d'étendre aux actes notariés au porteur contenant constitution d'hypothèque le principe que la jurisprudence a consacré, au sujet des obligations au porteur avec affectation hypothécaire émises par une société. L'inscription, en pareil cas, peut être prise d'avance, sous condition de la réussite de l'émission, par une personne agissant comme gérant d'affaires de créanciers futurs. On se contente d'insérer dans les prospectus une clause spécifiant que la souscription vaudra adhésion à l'inscription. Appliquant ce procédé aux obligations hypothécaires à ordre ou au porteur, il sera possible de prendre une inscription au nom du premier créancier. Si

l'on suppose qu'il s'agit d'un acte de vente, il suffira que l'inscription d'office du privilège du vendeur, ou toute inscription d'hypothèque constituée en plus du privilège, soit prise au nom même du vendeur, premier créancier. Il n'est pas nécessaire que cette inscription révèle l'existence de la clause à ordre ou au porteur, bien que l'indication de celles-ci ne soit pas dénuée de toute utilité pour éclairer les tiers acquéreurs ou les nouveaux créanciers. Quelle que soit son utilité à ce point de vue, cette mention n'est pas nécessaire, car elle n'est pas indispensable pour assurer le principe de la publicité hypothécaire et elle n'est pas exigée par la loi.

Ainsi l'inscription de l'hypothèque et du privilège, garantissant la créance notariée, s'opérera par un des deux procédés sus-indiqués, soit au nom pur et simple du premier porteur, soit au nom du vendeur, premier créancier.

Si le porteur de la grosse jouit de toutes les garanties accessoires, privilèges et hypothèques attachés à la créance primitive, il n'en est pas moins vrai que pour pouvoir en tirer tous les avantages qui en découlent, il faut qu'il fasse preuve d'une diligence particulière ; il est à cet égard dans une situation plus délicate qu'un créancier ordinaire. Le créancier hypothécaire qui a pris soin de faire inscrire son droit ou de renouveler son inscription, jouit d'une grande sécurité. Il sait que si l'immeuble est vendu et si l'acquéreur veut se débarrasser des hypothèques qui grèvent cet immeuble par

la procédure de la purge, l'acquéreur devra lui adresser des notifications qui l'avertiront et lui permettront de prendre parti en connaissance de cause.

Il en est tout autrement pour le porteur de la grosse ; il ne doit pas oublier qu'il est « une personne indéterminée » vis-à-vis des créanciers, et que ceux-ci ne peuvent se comporter à son égard comme ils le feraient à l'encontre d'un créancier hypothécaire nominativement désigné. C'est ainsi qu'en cas de purge des privilèges et hypothèques faite par un tiers acquéreur de l'immeuble, il ne pourra pas s'attendre à recevoir les notifications prescrites par l'article 2183 du Code civil. De même un ordre venant à s'ouvrir pour la répartition du prix de l'immeuble entre les créanciers inscrits, il ne saurait être personnellement touché par les convocations et sommations (art. 751 et 753, C. proc. civ.) destinées aux créanciers dans des conditions normales.

A propos des différentes notifications qui, le cas échéant, doivent être faites au créancier, M. Wahl remarque que « les notifications se divisent en deux catégories : les unes doivent lui être adressées au domicile élu ; or, il y a eu nécessairement une élection de domicile lors de l'inscription. D'autres doivent être faites au domicile véritable du créancier, et sur ce point l'objection peut paraître plus embarrassante, puisque le domicile du porteur ou du dernier bénéficiaire de l'endossement est inconnu. Mais tout ce que l'on peut

conclure, c'est que les notifications seront faites au porteur indiqué au titre ou qu'elles n'auront pas lieu et que les actes qu'elles doivent précéder pourront être faits sans qu'on puisse reprocher leur omission » (Wahl, *op. cit.*, p. 366).

Le porteur de la grosse devra donc pourvoir par lui-même à ses intérêts et se prémunir spontanément contre les forclusions qui le menaceraient. En effet, sauf les difficultés de fait que soulève son indétermination, le porteur de la grosse est, en cette qualité, muni de toutes les garanties, privilèges ou hypothèques, attachées à la créance, et comme tel, en droit d'en exercer toutes les prérogatives. C'est ainsi, notamment, qu'il lui appartiendrait d'en donner mainlevée moyennant un acte régulier, comme l'a jugé, à propos d'une obligation hypothécaire au porteur, la Cour de Bordeaux dans un arrêt nettement motivé (7 février 1846, S.46.2.231).

Nous concluons donc que le porteur de la grosse est entièrement substitué aux droits du créancier originaire, et qu'il jouit de tous les avantages appartenant à celui-ci. Il importe néanmoins de faire une réserve. Les porteurs successifs ne pourraient se prévaloir de certaines faveurs personnelles dont pourrait jouir le créancier primitif, à raison par exemple de son état de minorité ou d'interdiction, comme la suspension de la prescription (Cf. Aubry et Rau, § 359 *bis*, n° 35, 5^e éd., t. IV, p. 221-223).

On a aussi reproché aux obligations notariées au porteur ou à ordre d'augmenter assez sérieusement la responsabilité du notaire pour le cas où le porteur de la grosse n'ayant pas été connu au moment de la purge, s'est trouvé forclos ; on a prétendu que, dans ce cas, le notaire détenteur de la minute serait déclaré responsable de la perte éprouvée par le porteur, en raison de ce qu'il aurait dû faire diligence pour retrouver ce dernier.

On peut répondre à ce reproche en faisant remarquer tout d'abord que le notaire peut avoir été dans l'impossibilité absolue de retrouver sa trace si par exemple la grosse venait d'être récemment l'objet de cessions successives ; d'autre part, le dernier cessionnaire connu peut refuser d'indiquer au notaire la personne à qui il a cédé la grosse. Il semble donc qu'en pratique, lorsque le notaire aura fait tout le nécessaire pour retrouver le porteur actuel de la grosse, même sans résultat, il sera impossible, en droit, de le rendre responsable de la perte éprouvée par le porteur actuel et inconnu. Dans tous les cas, on peut ajouter que le porteur savait, en achetant cette obligation notariée, qu'il risquait de n'être pas prévenu de la vente de l'immeuble qu'il avait en gage s'il s'obstinait à ne pas se révéler au notaire détenteur de la minute (il pourrait d'ailleurs le faire certainement par une lettre recommandée). Il en serait d'autant plus fautif que le nom de ce notaire est nécessairement indiqué dans la grosse.

Enfin, en admettant que ce porteur soit resté inconnu pour une raison quelconque, il semble admis que le tiers acquéreur pourrait procéder malgré tout à la purge en faisant les notifications prescrites par la loi, au domicile élu, c'est-à-dire au notaire détenteur de la minute, et en déposant les fonds, revenant au porteur inconnu, à la Caisse des dépôts et consignations. Par ce moyen, le tiers acquéreur libérerait son immeuble et le notaire ne serait pas déclaré responsable des fonds appartenant au porteur inconnu.

Toutefois, pour éviter toute incertitude sur sa responsabilité, le notaire devra, par prudence, éviter de proposer lui-même au prêteur d'insérer dans la grosse la clause à ordre ou au porteur ; celles-ci ne seraient alors insérées que sur la demande expresse du prêteur pour sa commodité personnelle, et, dans ce dernier cas, il sera possible au notaire d'indiquer clairement dans l'acte de prêt que la clause à ordre (ou au porteur) a été insérée sur la demande du prêteur et sous la responsabilité de ce dernier.

C'est ce moyen qui a d'ailleurs été préconisé ces derniers temps par la plupart des chambres de notaires. D'ailleurs, la responsabilité du notaire, rédacteur d'un acte muni d'une clause à ordre ou au porteur, fera plus loin l'objet d'une étude spéciale.

SECTION IV. — Des exceptions opposables au porteur de la grosse.

Le porteur de la grosse pourra certainement se voir opposer par le débiteur les exceptions qui auront pris naissance dans sa personne au profit de celui-ci. Mais, pourra-t-il également se voir opposer les exceptions dont le débiteur aurait pu se prévaloir à l'encontre du créancier originaire ou des cessionnaires successifs ?

Ce n'est là qu'une application particulière aux actes notariés de la question de l'opposabilité des exceptions, question qui se pose à propos de tous les actes munis de la clause à ordre ou au porteur.

Le droit commercial a consacré, à propos des effets de commerce, la règle connue sous le nom d'inopposabilité des exceptions (Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 130 ; Adolphe Pichon, *De l'impossibilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre*, 1904). A la différence des effets de la créance, tels qu'ils sont déterminés par le Code civil, l'endossement ne permet pas au débiteur d'un effet de commerce de se prévaloir contre le porteur, des exceptions qu'il aurait pu invoquer contre les porteurs antérieurs. Il ne peut se prévaloir que des exceptions qui ont décidément pris naissance contre le porteur actuel. L'application de ce principe est d'ailleurs subordonnée à la bonne foi du porteur. S'il était en effet démontré que le porteur actuel a commis une

fraude, pour écarter l'exception provenant du chef du porteur précédent, cette exception pourrait être invoquée contre lui par le débiteur, comme elle aurait pu l'être contre le porteur précédent. Cette règle de l'opposabilité des exceptions s'applique pour les effets de commerce par le désir d'en assurer, dans la plus large mesure possible, la circulation rapide et d'en garantir le paiement à l'échéance sans contestation possible.

Est-ce là une règle qui tiennne à l'exécution même de la clause à ordre ou au porteur, ou est-elle au contraire spéciale à la nature des effets de commerce ? Doit-elle être étendue aux obligations notariées par cela seul qu'elles sont pourvues de ces clauses ?

La question est difficile et importante, et pour la résoudre il importe d'examiner successivement les différentes exceptions que le créancier peut invoquer contre le débiteur. La première peut être tirée de la résolution du contrat, les autres peuvent être contemporaines de la formation du contrat ; d'autres enfin peuvent résulter de circonstances postérieures à la création de l'obligation.

L'examen de chacun de ces différents moyens d'exception fera l'objet d'un paragraphe distinct.

§ 1. — Résolution du contrat.

Le porteur peut-il se voir refuser le paiement par le débiteur sous prétexte que le contrat est résolu ?

Il importe d'abord d'écarter le cas où le débiteur

prétendrait se prévaloir d'une condition résolutoire qui n'aurait pas été insérée dans le titre à ordre ou au porteur et qui résulterait d'une clause spéciale intervenue entre lui et le créancier originaire. En pareille hypothèse, les cessionnaires, n'ayant pu en avoir connaissance, ne pourront évidemment pas se voir opposer une exception tirée de cette condition résolutoire.

Mais d'autres hypothèses peuvent se présenter. Il se peut que l'indication de la condition résulte expressément des termes mêmes du titre transmis par voie d'endossement ou par tradition ; il se peut que celui-ci constate un contrat synallagmatique, or celui-ci est toujours affecté d'une condition résolutoire tacite aux termes de l'article 1184 du Code civil. Le débiteur pourra-t-il refuser son paiement au porteur du titre, en se fondant sur ce fait que son co-contractant n'a pas exécuté la prestation à laquelle il s'était engagé. Pour prendre une hypothèse pratique, raisonnons sur le cas où un contrat de vente aurait été constaté sous forme d'un acte notarié, muni d'une des clauses que nous étudions. La créance du prix a été stipulée « payable au porteur de la grosse ». Mais le vendeur n'a pas rempli ses obligations ; par exemple, l'acheteur a été évincé, ou bien des vices graves se sont révélés qui ont empêché l'acheteur de tirer de la chose l'utilité qu'il avait en vue, ou bien le vendeur a troublé personnellement la jouissance de l'acheteur. Y a-t-il là des faits dont il peut se prévaloir à l'encontre du porteur de la grosse pour se refuser à payer entre ses mains ?

Il ne paraît guère possible de soutenir la négative : l'insertion de la clause à ordre ou au porteur dans le contrat ne peut être considérée comme une renonciation de la part du débiteur aux moyens de nullité qu'il pourrait tirer de son obligation. L'adoption de ces clauses, nous l'avons déjà dit, ne modifie en rien la nature du rapport juridique constaté par le titre qui en est affecté. Ces clauses ne sont qu'un moyen imaginé pour faciliter la transmission du titre ; mais on ne peut les interpréter en ce sens que le débiteur aurait entendu renoncer aux droits qu'il tient de son contrat, notamment à la garantie que lui donne l'article 1184 en cas de contrat synallagmatique.

La seule objection à laquelle on pourrait songer, serait tirée de l'intérêt du tiers porteur à qui l'on va faire supporter les conséquences de l'inexécution, imputable à un tiers. Mais il ne faut pas que l'intérêt des tiers et le souci d'assurer envers et contre tous le paiement des titres à ordre ou au porteur, conduise à des solutions qui blesseraient l'équité ; l'intérêt du tiers porteur, d'ailleurs, n'est pas ici sacrifié. La lecture du titre, qu'il a accepté, l'aura facilement renseigné sur le caractère synallagmatique de l'opération constatée par le titre, et il a facilement pu en prévoir les conséquences. Le porteur ne pouvait ignorer que la créance qui lui a été ainsi transmise est la créance d'un prix de vente, et il aurait dû se renseigner avant d'accepter cette créance s'il n'avait pas à craindre qu'une inexécution

possible de la vente risque de le priver du droit d'en réclamer le prix.

**§ 2. — Exceptions contemporaines de la
naissance du contrat.**

Il pourrait arriver que l'obligation constatée par l'acte notarié à ordre ou au porteur fût entachée d'un vice initial. L'obligation primitive, par exemple, manquait de cause, ou avait une cause illicite, ou bien c'était un contrat ayant un objet illicite, un pacte sur succession future par exemple, ou enfin ce n'était qu'à la suite de manœuvres dolosives, de violence, que le débiteur s'était engagé, ou l'obligation avait été souscrite par un incapable.

Lorsque l'obligation primitive se trouve ainsi entachée d'un vice qui la rend inexistante, nulle ou annulable, le porteur du titre peut-il, à l'échéance, se voir opposer ces causes d'invalidité initiale de la créance?

Dans une première hypothèse, la solution ne peut faire doute.

Supposons, par exemple, qu'un titre notarié ait été dressé pour constater une dette de jeu ou un emprunt usuraire, et que la cause du contrat ait été énoncée dans l'acte. Il est bien évident que cette cause de nullité pourra valablement être opposée au porteur, car la simple lecture du titre a dû le renseigner sur la nature de l'obligation qu'il constatait. Il ne peut se plaindre si on se prévaut contre lui de cette cause de nullité.

La question est beaucoup plus délicate dans le cas où la nullité du contrat ne ressort pas du titre lui-même comme dans l'hypothèse précédente : le contrat, par exemple, est atteint d'un vice de dol, ou d'un défaut de cause. Cette cause de nullité peut-elle être opposée au porteur qui l'a ignorée et qui ne pouvait en avoir connaissance par l'inspection du titre lui-même ? Nous avons déjà dit plusieurs fois que le porteur du titre n'est en somme qu'un cessionnaire, et que le droit dont il est investi n'est qu'un droit dérivé de la cession. L'insertion des clauses à ordre ou au porteur a été admise pour faciliter la circulation et la transmission du titre ; or, pour que ce but soit atteint, il suffit que le débiteur (ainsi que nous le démontrerons plus loin) ne puisse pas se prévaloir des causes de nullité postérieures à la cession. Mais cela ne veut pas dire qu'il a renoncé à invoquer les causes de nullité qui peuvent entacher la créance dès le jour de la formation. Ce serait alors, suivant l'expression de M. Thaller, le livrer « pieds et poings liés » au créancier originaire ; c'est ce que certainement le débiteur n'a pas entendu faire. Si, par suite d'une négligence ou d'un oubli, ce débiteur a omis de faire insérer dans le titre certaines mentions libératoires, dont il aurait eu intérêt à se prévaloir ensuite, on comprend que les conséquences de sa faute retombent sur lui et que les porteurs du titre, n'ayant pas été avertis, puissent méconnaître ces causes de libération.

Mais il en est tout autrement dans le cas où l'engage-

ment contracté par le débiteur, vicié dans son origine même, se trouve atteint d'une cause d'inexistence ou de nullité. Il y a là un vice radical qui atteint cet engagement et que la négociation par endossement ou par simple tradition ne suffit pas à purger. Nous devons donc nous en tenir à l'idée fondamentale que nous avons dégagée au début de cette étude, à savoir qu'en notre matière le porteur de la grosse n'est qu'un cessionnaire et que, par suite, il ne doit avoir que les droits de son cédant.

Si, dans une certaine mesure, les règles de la cession de créance, telles qu'elles sont déterminées par les articles 1690 et suivants, doivent se trouver modifiées par l'insertion des clauses à ordre ou au porteur, il faut limiter ces modifications aux seules conséquences qui tiennent à la nature même de ces clauses, comme le paiement à l'échéance sur présentation du titre. Mais, par contre, on ne doit pas étendre à ces clauses toutes les solutions données par le droit commercial à propos des effets de commerce, car on est tenté de considérer ces solutions comme des conséquences des clauses à ordre ou au porteur en général, alors qu'elles ne sont que des conséquences des règles propres du change.

Nous pensons donc que le porteur, en tant que cessionnaire, ne pouvant avoir plus de droits que son cédant, se verra contraint de subir les causes d'inexistence ou d'annulabilité qui entachaient l'engagement primitif.

Telle n'est point toutefois l'opinion de la jurisprudence. Dans plusieurs hypothèses où la créance originaire se trouvait entachée de dol ou de défaut de cause, les tribunaux ont décidé que le porteur n'ayant pas été averti par l'acte, de la nullité de la créance, celle-ci ne pouvait lui être opposable (Cass. civ., 29 mars 1887, S. 87.1.160 ; Cass. civ., 25 mai 1894, S. 94.1.453 ; Cass. civ., 9 novembre 1896, S. 97.1.161).

La Cour de cassation a décidé que seules les exceptions qui lui sont personnelles et celles résultant de la teneur même de l'acte pouvaient être opposées au porteur de bonne foi. Par application de ce principe, elle a décidé que, dans le cas d'un emprunt constaté par acte notarié muni d'une clause à ordre ou au porteur, le débiteur ne pourrait refuser de s'acquitter en opposant au porteur une exception tirée du défaut partiel de cause de son obligation, sous prétexte que le créancier originaire ne lui avait versé qu'une partie de la somme dont le débiteur s'était reconnu redevable dans l'acte souscrit par lui.

En l'espèce, en effet, le titre ne contenait aucun indice de ce défaut partiel de cause, et d'autre part, la bonne foi du créancier était incontestable. Ce n'est donc pas en partant d'une présomption d'existence et de vérité de la cause indiquée dans le titre au porteur, que la Cour de cassation déclarait inopposable au porteur, l'exception tirée du défaut de cause ; c'est simplement en partant de l'idée que le porteur ne peut se voir

opposer une exception, du moment qu'elle ne résulte pas de la teneur même du titre.

Comment peut-on justifier la théorie de la jurisprudence ?

Les solutions consacrées par la jurisprudence s'expliquent facilement pour ceux qui admettent la théorie de l'engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs du titre.

Cette théorie repose au fond sur l'idée que l'on peut s'engager par une déclaration unilatérale de volonté et que la souscription d'un titre à ordre oblige le souscripteur par le fait même, indépendamment de toute convention avec le premier preneur du titre. Le souscripteur du billet se trouvant obligé par sa seule volonté, ne devant en quelque sorte qu'à sa signature, il semble que l'on puisse dire que l'annulation du titre ne peut être fondée sur la cause d'invalidité de l'obligation de ce premier preneur et que celle-ci ne peut être opposée au porteur actuel.

Mais pourrait-on en dire autant d'une cause d'invalidité atteignant l'obligation de l'émettant lui-même ? Cela ne paraît guère admissible, et il semble au contraire que l'on doit pouvoir opposer au porteur actuel du titre le vice initial de la créance. En effet, ainsi que le dit M. Wahl, « si je souscris un titre au porteur pour une dette de jeu ou pour promettre une récompense à un assassin, peu importe que mon engagement soit unilatéral, il n'en sera pas moins illicite » (Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. I, n° 402, p. 290).

Mais l'idée de la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligation n'est pas, prétend-on, indispensable pour expliquer l'engagement direct du débiteur envers les porteurs successifs. Nous avons déjà vu qu'une théorie le faisait résulter de la seule vertu de l'engagement primordial contracté avec le créancier originaire et qui impliquerait engagement envers tous les porteurs éventuels.

Même en admettant l'exactitude de cette opinion, il n'en résulterait pas que les causes de nullité ou d'invalidité de la créance fussent inopposables au porteur actuel. Le prétendu engagement pris par le souscripteur du titre envers les porteurs éventuels doit évidemment être de la même nature que celui contracté envers le porteur originaire ; il ne peut avoir plus de valeur que lui et il doit être atteint des mêmes vices, de telle sorte que les conséquences que ceux-ci auraient produites envers le premier bénéficiaire, doivent également se produire envers chacun des porteurs successifs.

L'inopposabilité des exceptions ne pouvant trouver son point d'appui dans la théorie de l'engagement direct du souscripteur envers les porteurs successifs, peut-on espérer lui trouver une justification, tout en admettant la théorie de la cession à laquelle nous nous sommes rallié ?

On a prétendu trouver cette justification dans la règle de l'inopposabilité des exceptions au porteur de bonne foi posée par le Code de commerce et que l'on

veut généraliser de façon à l'appliquer en notre matière avec la même étendue et la même rigueur qu'en matière d'effets de commerce. Cette solution, dit-on, est une conséquence essentielle des clauses à ordre et au porteur, une nécessité du mécanisme de leur circulation. La personne qui devient porteur d'un titre par voie d'endossement ou de tradition ne peut se renseigner sur les causes d'extinction du droit, qui lui est ainsi transmis, que par l'examen même du titre. Si celui-ci ne les lui révèle pas, il n'a aucun moyen commode et rapide de se renseigner ; il faut donc, dès lors, que sur la foi de son titre il puisse être assuré de son paiement et qu'il n'ait point à craindre de se voir opposer par le débiteur des causes d'extinction dont il ne pouvait soupçonner l'existence. Par conséquent, toutes les fois que l'exception est tirée d'un fait que l'inspection du titre n'a pu révéler au porteur ou d'un fait dont il n'aurait pu avoir connaissance que par des recherches auxquelles la rapidité de la circulation du titre ne lui permettait pas de se livrer, le principe de l'inopposabilité des exceptions au porteur de bonne foi doit recevoir son application. Cette règle serait, dans son intégralité, de l'essence même de l'endossement ou de la transmission au porteur ; elle n'aurait rien de spécial aux effets de commerce.

Appliquant ce principe général aux obligations notariées munies des clauses que nous étudions, on reconnaît au souscripteur le droit d'opposer au porteur les

causes de nullité résultant explicitement ou implicitement des termes du contrat ou de la falsification de la signature ; mais on lui refuse le droit d'opposer les causes d'invalidité dont l'acte ne laisse pas apparaître l'existence. Par exemple, si l'engagement a été souscrit à la suite de manœuvres frauduleuses du créancier originaire, celui-ci pourra bien se voir opposer cette cause d'invalidité ; mais elle restera sans effet à l'encontre du porteur muni d'un titre dont l'aspect ne contient rien d'irrégulier. En effet, il n'a pu rechercher en dehors du titre lui-même les vices qui pouvaient entacher celui-ci. Ce que nous venons de dire du dol peut se dire également de l'absence ou de la fausseté des causes (Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 202).

Nous avons déjà dit au début de ce paragraphe que l'opinion contraire nous paraissait préférable. Il paraît en effet abusif d'étendre aux actes notariés munis d'une clause à ordre, ou au porteur, le principe absolu de l'inopposabilité des exceptions. M. Thaller l'a d'ailleurs critiquée en très bons termes : « L'inopposabilité des exceptions est une règle cantonnée dans les effets de commerce. Il serait très dangereux que le débiteur, à raison de la forme donnée à son engagement, se livrât pieds et poings liés aux porteurs futurs, et, par là, à son créancier lui-même. C'est bien assez que l'on puisse se river à la chaîne du change. En dehors de cette forme d'obligations, le débiteur reste recevable à opposer à toute personne l'inexistence ou l'extinction de la dette.

Si l'on généralise la règle, les dispositions exceptionnelles du change envahiront, par une porte dérobée, les autres conventions. On ne saura plus où s'arrêter. Il faudra étendre à ces titres l'obligation du protêt, la prescription de cinq ans, la validité du paiement fait entre les mains de faux porteurs. Il faudra dire que l'endosseur est garant du paiement de la somme à l'échéance, que cette garantie ne dure que pendant quinze jours après le protêt. C'est une fissure à travers laquelle s'échappe le droit commun tout entier » (Thaller, n° 4502, p. 721).

Si les nécessités du commerce ont conduit à apporter des dérogations aux règles ordinaires de la cession de créance, ces dérogations doivent rester limitées aux matières commerciales, et on ne peut les étendre aux porteurs d'une obligation civile, par cela seul qu'elle est affectée d'une des clauses que nous indiquons. Nous pensons donc que les porteurs d'une obligation civile à ordre ou au porteur pourront se voir opposer, conformément aux règles du droit commun, les causes d'invalidité qui entachaient la créance dans son origine même.

Toutefois nous n'irons pas jusqu'à dire avec M. Thaller que le débiteur de l'obligation civile pourra opposer au porteur, non seulement l'inexistence de la dette, mais même son extinction ; il nous semble, en effet, que c'est vouloir maintenir avec trop de rigueur en cette matière les règles du droit commun. La créance ne peut en effet se trouver éteinte tant que le porteur a le

titre entre les mains. Cette solution pourrait, en gênant considérablement le jeu des clauses à ordre ou au porteur, en compromettre l'application pratique aux actes notariés en matière civile. Nous allons, dans le paragraphe suivant, essayer de démontrer en effet que les causes d'extinction de la créance, non mentionnées dans le titre de créance, ne sont pas opposables au porteur de ce titre à l'échéance. Mais sous cette réserve, nous admettons que, malgré l'emploi de la clause à ordre ou au porteur, le cessionnaire de l'obligation notariée succède purement et simplement à la situation du cédant, de telle sorte que le débiteur pourra lui opposer les moyens d'exception tirés du dol, de l'absence de cause, etc., par lesquels il aurait repoussé son auteur. Le cessionnaire a autant de droits que son cédant, mais il ne peut en avoir plus (En ce sens : Cass., 25 mars 1862, S. 63.1.27 ; Cass., 4 juin 1878, S. 79.1.36 ; Cass., 31 juillet 1893, S. 97.1.212. — Cf. Champcommunal, *Annales de droit commercial*, 1897, p. 156).

§ 3. — Impossibilité d'opposer au nouveau porteur du titre des causes d'extinction de la créance, postérieures à la création de cette dernière.

L'endossement d'une créance civile à ordre ou la tradition d'une obligation civile au porteur ont-ils pour effet de purger le titre à l'égard du porteur, des causes d'extinction de la créance non révélées par sa teneur même ?

A cette question, il paraît impossible de répondre autrement que par l'affirmative. Lorsque les causes d'extinction ne sont pas révélées par le titre lui-même, elles ne doivent pas pouvoir être opposées au porteur, du chef du créancier primitif.

Cette solution se justifie par des motifs d'utilité pratique et par des considérations juridiques.

Tout d'abord par des raisons d'utilité pratique. Les arguments, que l'on invoque en faveur de l'impossibilité d'opposer des causes de nullité de la créance, mais dont nous n'avons pas voulu tenir compte en cette matière, ont au contraire ici leur pleine valeur. Le mécanisme même de la circulation des titres à ordre ou au porteur impose que le porteur puisse avoir toute confiance dans le titre qui lui est remis ; ce titre est, en effet, pour celui à qui il est endossé ou livré, le seul moyen d'être renseigné sur la nature et la valeur de la créance qu'il a acquise. Les exigences d'une circulation rapide ne lui laissent point le temps de prendre d'autres renseignements sur l'existence même de la créance et la solvabilité du débiteur. Il faut qu'à l'échéance, le porteur soit sûr que le débiteur ne pourra pas se refuser au paiement en invoquant des causes d'extinction sur l'existence desquelles le titre garderait le silence.

Par conséquent, si, postérieurement à la naissance de la créance, une cause d'extinction se produisait du chef du créancier originaire, des endossataires ou des porteurs successifs, elle ne doit pas être opposable au

porteur du titre du moment où celui-ci n'en contient pas mention. Peu importe d'ailleurs le mode d'extinction de la créance, qu'elle ait eu lieu d'une façon normale par le paiement ou d'une façon plus exceptionnelle par voie de remise de dette, de dation en paiement, de novation, de compensation ou d'une confusion.

La sécurité des affaires exige qu'il en soit ainsi. Ce n'est point, en effet, ici, comme pour le principe de l'inopposabilité des causes d'inexistence, une règle propre à la matière du change, c'est un principe commun à toutes les cessions par voie d'endossement ou de remise du titre, et qui s'explique par des raisons qui ne perdent rien de leur valeur quand on les transporte du domaine commercial sur le domaine civil. Quelle que soit la nature du titre, il faut que le porteur ait foi dans le titre qu'il possède et que sa confiance ne soit pas trompée.

Mais à cette raison d'ordre essentiellement pratique et utilitaire, ne peut-on pas ajouter une justification juridique ?

Si nous admettions la théorie de l'engagement direct du débiteur envers chaque porteur successif, cette justification serait facile ; il nous suffirait de dire que le porteur, étant investi d'un droit propre à l'égard du débiteur, ne peut se voir opposer des causes d'extinction nées du chef d'une autre personne qui lui est complètement étrangère, le créancier primitif ou un des endossataires. Mais cette justification doit nous faire

défaut puisque nous n'avons pas accepté cette théorie et que nous considérons le porteur comme un cessionnaire n'ayant contre le souscripteur que les droits dérivés de la cession.

Même en acceptant cette idée, il n'est pas impossible, semble-t-il, de justifier l'impossibilité pour le débiteur d'opposer au porteur des modes d'extinction de la créance du chef du créancier originaire ou de l'un des endossataires.

Voici comment l'on pourrait raisonner en ce sens : le Code civil a prévu, pour le cas d'une cession de créance dans la forme ordinaire, le cas particulier où celle-ci serait éteinte par voie de compensation. L'article 1295, en effet, dispose que « le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant ». L'idée qui inspire ce texte est que le débiteur, en acceptant la cession, a renoncé à se prévaloir contre le cessionnaire d'un moyen de défense tiré de l'extinction de la créance.

Pourquoi ne pourrait-on pas généraliser la solution donnée par ce texte pour un cas particulier, à toutes les hypothèses dans lesquelles il se produit un mode d'extinction de la créance dont la cession a été acceptée par le débiteur ? En effet, ne peut-on point considérer la clause à ordre ou au porteur insérée dans l'acte notarié, comme une acceptation anticipée de toutes les

cessions ultérieures, car l'insertion de ces clauses dans un acte notarié, n'en modifie pas la nature : il reste vrai que la créance est née seulement au profit d'un seul créancier, à la charge d'un seul débiteur. Mais celui-ci, pour faciliter la circulation du titre, a consenti à lui donner la forme à ordre ou au porteur ; comment ne pas admettre que, par là même, il a accepté toutes les cessions successives que l'insertion de ces clauses était destinée à faciliter, et que les parties prenaient précisément en considération en stipulant cette forme particulière d'obligation ? Mais si il a, par avance, accepté la cession que le créancier originaire pourrait faire, ainsi que dans les conditions propres aux titres à ordre ou au porteur, et qui ont pour but une négociation facile et rapide de la créance. C'est donc que le débiteur a renoncé, implicitement tout au moins, au droit d'opposer au porteur qui réclame son paiement à l'échéance, les causes d'extinction de l'obligation dont il aurait pu se prévaloir vis-à-vis des porteurs antérieurs (en ce sens : Wahl, *loc. cit.*, t. I, n° 281 ; Tissier, note Sirey, 97.1.162).

Une solution identique à celle à laquelle aboutit la théorie de l'engagement direct du débiteur, nous paraît avoir sur celle-ci l'avantage de ne pas bouleverser les conceptions juridiques auxquelles le droit français nous a habitués, en utilisant pour des besoins nouveaux les principes et les idées même du Code civil. Un arrêt ancien de la Cour de Pau (S. 37.2.107) a fait d'ailleurs

l'application de la règle formée dans l'article 1295 du Code civil, au cas d'un billet civil à ordre, en décidant que le souscripteur du billet ne peut pas opposer la compensation au porteur qui lui en réclame le paiement. Cet arrêt remarque d'ailleurs fort bien que le débiteur, en acceptant l'insertion de la clause à ordre ou au porteur, a consenti à l'inopposabilité des modes d'extinction, que sous la réserve que la libération de la dette ne résulterait que du titre lui-même. Le débiteur, en effet, peut prendre soin de faire insérer dans le titre les mentions indispensables pour avertir de sa libération les porteurs ultérieurs. Faute par lui d'avoir fait cette réserve prudente, il ne peut pas se plaindre que ceux-ci, s'en tenant aux termes de l'écrit, exigent leur paiement sans tenir compte des causes d'extinction de la dette.

Cette opinion commandée par les besoins de la pratique est celle consacrée par la jurisprudence. Néanmoins, un arrêt de la Cour de Bordeaux (18 mars 1852, S. 52. 2.321) semble, à première vue tout au moins, l'avoir écartée dans l'hypothèse où le débiteur, après s'être fait remettre la grosse et sans y avoir fait mentionner le paiement intégral de sa dette, avait remis cette grosse en circulation.

Voici d'ailleurs l'espèce. Les époux Fougeret avaient cédé au porteur, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, les loyers à échoir d'une usine leur appartenant. Dans l'acte de cession, ils se portaient en outre débiteurs personnels de la somme prêtée pour le cas où

celle-ci ne serait pas payée par leur locataire à l'époque indiquée. En garantie de cette obligation personnelle, ils avaient consenti une hypothèque sur une de leurs maisons. Les biens des époux Fougeret ayant été vendus, lors de la distribution du prix de cette maison, les autres créanciers prétendirent écarter le porteur de l'acte de cession des loyers. A l'appui de leurs prétentions, ils faisaient valoir que, postérieurement à sa souscription, le titre était revenu entre les mains du débiteur, ce qui avait entraîné extinction de la dette et de la créance la garantissant. La Cour de Bordeaux leur donna raison. Elle déclarait, en effet, qu'il n'appartenait pas au débiteur qui avait payé la dette, et auquel le titre avait été remis, de faire revivre l'obligation en mettant de nouveau le titre en circulation.

Cette solution, admise par la Cour de Bordeaux, semble infirmer l'opinion que nous avons admise ; mais elle s'explique par les circonstances de la cause. C'est que, si, en effet, la grosse ne portait pas mention de la libération, il était certain qu'elle était revenue à un certain moment entre les mains du débiteur, et que c'est à la suite du paiement que cette remise avait eu lieu.

Dans les autres hypothèses, au contraire, la jurisprudence, notamment la Cour de cassation, a consacré le principe de l'inopposabilité des causes d'extinction.

A une date déjà ancienne, la Cour de Lyon a décidé qu'une hypothèque stipulée dans un effet à ordre, passé

naturellement devant notaire, est transmissible par voie d'endossement, comme l'effet lui-même, que cet endossement fait foi de sa date et que l'on ne peut opposer au porteur aucune exception de paiement ou de compensation dont il ne serait pas averti par le titre (Lyon, 4 juin 1830, *D. Rép.*, V° *Privilège*, n° 1267-3°).

Les raisons en faveur de cette solution ont été données peu après à propos de billets civils à ordre par la Cour de Pau (25 juin 1836, S. 37.2.107). Une personne avait souscrit au profit d'une autre, un billet transmissible par voie d'endossement, payable à l'ordre d'un sieur Labarthé. Celui-ci pouvait-il, lors de l'échéance, se voir opposer par le souscripteur du billet l'exception de compensation du chef d'un billet de même valeur souscrit à la même date par Labarthé à son profit ?

L'arrêt de la Cour de Pau, après avoir établi la validité des billets à ordre en matière de créances civiles, tranche dans les termes suivants la difficulté qui lui était présentée : « Etant bien certain que celui qui promet de payer, à l'ordre du bailleur de fonds, accepte d'avance pour son créancier celui à l'ordre duquel le billet sera passé, et qu'ainsi, lorsque la condition de l'endossement régulier s'accomplit, l'acceptation est censée remonter à l'époque de l'obligation primitive ; il en résulte que, dans ce cas, le débiteur ne peut plus, d'après les dispositions formelles de l'article 1295 du Code civil, opposer au porteur du billet la compensation, ni par conséquent les exceptions qu'il aurait pu personnellement opposer au bailleur de fonds. »

La même solution se justifie pour les billets au porteur. C'est ainsi que la Cour de Paris, dans un arrêt du 22 mai 1895, a reconnu que « le porteur a seul qualité pour exercer le recouvrement, sans que le souscripteur soit fondé à lui opposer les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre les porteurs antérieurs ou le bénéficiaire originaire » (S.96.2.251).

Enfin la Cour de cassation a affirmé la même idée, mais dans une formule trop générale et en la justifiant par des considérations que nous n'avons pas admises. Elle décide, en effet, que dans les obligations sous forme authentique, payables « au porteur de la grosse du titre », le débiteur accepte d'avance pour créanciers directs les porteurs successifs, et qu'en conséquence le porteur actuel, s'il est de bonne foi, ne peut se voir opposer que des exceptions qui lui sont personnelles « ou qui résultent de la teneur de l'acte ».

Nous ne pensons pas que le souscripteur ait accepté comme créanciers directs, les porteurs successifs, puisque nous avons admis jusqu'ici le principe de la cession ; et d'autre part il est exagéré de dire que le porteur actuel ne peut se voir opposer que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte. Cela n'est vrai, en effet, que des causes d'extinction, et nous avons repoussé cette idée à propos des causes d'inexistence de la créance. Mais, limitée aux premières, l'idée est exacte et devait être relevée.

Cet arrêt, d'ailleurs, prend soin de préciser que la

règle ne s'applique qu'au porteur de bonne foi ; toutes les fois, en effet, que le porteur a participé aux faits qui ont donné naissance à l'exception, celle-ci peut lui être opposée. C'est ce qui se présenterait, par exemple, si le créancier, craignant de se voir opposer une cause d'extinction de la dette, s'entendait avec un individu peu scrupuleux à qui il endosserait ou remettrait le titre. Il faudrait alors refuser à ce porteur de mauvaise foi, le droit de repousser l'exception et d'obtenir son paiement. C'est là, la simple application des règles ordinaires en matière de titres négociables (Lyon-Caen et Renault, t. IV, n^{os} 131 et 98).

Mais pour qu'il y ait mauvaise foi en l'espèce, il ne suffirait pas, pensons-nous, que le porteur ait eu simplement connaissance de l'exception au moment de la transmission du titre. Il faut qu'il y ait véritablement de sa part une participation au fait qui engendre l'exception (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 591 ; Bravard, t. III, p. 140, note. — *Contra* : Bodin, *Rev. pratique*, t. V, p. 153).

Sous cette réserve de la bonne foi, nous pouvons donc dire que, par suite de l'endossement ou de la remise du titre, les causes d'extinction de la créance que le titre lui-même ne révèle pas, ne sont pas opposables au porteur du titre.

CHAPITRE III

LES DEVOIRS DES NOTAIRES ET LES DROITS DE L'ENREGISTREMENT RELATIVEMENT AUX OBLIGATIONS A ORDRE ET AU PORTEUR.

Les obligations contenant une clause à ordre ou au porteur (qui paraissent s'être développées surtout dans les régions de l'Est et du département de la Seine), peuvent donner lieu à certaines difficultés, soit au point de vue de la responsabilité du notaire rédacteur de l'acte, soit en ce qui concerne l'Enregistrement.

SECTION I. — Responsabilité du notaire rédacteur.

On sait que la responsabilité des notaires est fréquemment invoquée devant les tribunaux, dans tous les cas, nombreux dans notre législation, où ils sont appelés à donner l'authenticité aux conventions des parties. En matière d'obligations, la responsabilité du notaire est sévèrement appréciée par la jurisprudence ; toutefois, dans la pratique, il y a lieu de distinguer trois hypothèses :

La première est celle où l'emprunteur et le prêteur

se présentent ensemble chez l'officier ministériel, après avoir arrêté entre eux les conditions du prêt ; le rôle du notaire se borne à celui d'un simple rédacteur, et il ne saurait être responsable que de la formalité de l'inscription, si l'acte contient une affectation hypothécaire.

Une autre hypothèse dans laquelle la responsabilité du notaire n'est pas plus étendue, concerne le cas où l'emprunteur se rend chez le notaire et le charge de lui trouver un prêteur ; il est certain, en effet, que si les parties s'accordent, elles reviendront chez le notaire pour la rédaction de leur convention ; ici, comme précédemment, la responsabilité de l'officier ministériel se trouve limitée.

Enfin il se peut que ce soit le notaire qui procure à l'emprunteur, le capitaliste ayant des fonds disponibles. Dans ce dernier cas, la responsabilité du notaire est évidemment plus étendue : les parties ne se connaissent pas et le créancier ne connaît le gage que d'après les renseignements fournis par le notaire ; souvent même, l'obligation est acceptée par un tiers, mandataire verbal du créancier et porteur des fonds ; ce sont autant de motifs pour que le notaire procède à un examen sérieux de la valeur de la sûreté offerte par le débiteur, et se rende compte des risques de disparition qui peuvent la menacer par suite d'un événement quelconque.

Pour exécuter ponctuellement ses obligations et se mettre le plus possible à couvert, le notaire agira pru-

demment en insérant dans son acte les clauses suivantes :

Tout d'abord la désignation du créancier primitif, désignation qui sera d'une grande utilité même dans les obligations munies d'une clause à ordre. Une des clauses les plus couramment employées dans les obligations à ordre ou au porteur est celle-ci :

« Par devant M^e... X... notaire à...

A comparu :

Monsieur (prénoms, nom, profession, domicile).

Lequel a, par ces présentes, reconnu devoir bien et légitimement :

Au porteur de la grosse des présentes,

Ce qui est accepté par Monsieur (prénoms, nom, etc.).

*A ce présent, prêteur et premier porteur du titre,
La somme de... X... etc...*

Laquelle somme de X... Monsieur X... s'oblige à rembourser au porteur de la grosse des présentes dans 10 ans, soit le... »

L'acte devra ensuite contenir l'obligation prise par les emprunteurs, solidairement et indivisiblement, entre eux, de rembourser la créance à une époque déterminée ; il serait également prudent de stipuler que le remboursement de la somme prêtée et le paiement des intérêts auront lieu dans l'étude du notaire rédacteur de l'acte, car cette clause présentera une grande utilité pour le cas où le débiteur serait autorisé à anticiper

le remboursement, en prévenant le créancier un certain temps à l'avance ; grâce à cette clause, le débiteur n'éprouvera aucune difficulté à aller chez le notaire et celui-ci, restant en contact avec le créancier, en raison du paiement des intérêts, fera parvenir à ce dernier l'avis donné par le débiteur qu'il désire procéder à un remboursement anticipé.

L'emploi de cette clause avait d'ailleurs déjà été recommandé dans la pratique (Paston, *Des obligations hypothécaires à ordre et au porteur entre particuliers*. Thèse Paris, 1907, p. 142).

Pour des motifs analogues, la mention d'après laquelle les deniers empruntés ont été versés à l'emprunteur en présence du notaire rédacteur revêt une importance particulière.

Dans les obligations à ordre, l'acte devra de plus exprimer qu'un endossement régulier aura pour conséquence de transférer la propriété de la créance avec toutes ses garanties, sans qu'il soit besoin d'aucune signification et sans qu'il puisse être opposé au dernier porteur aucune exception de compensation ou autre, du chef des précédents cessionnaires. Il sera utile d'autoriser l'endossement même après l'échéance, car une obligation notariée est exécutoire, et par suite conserve toute sa force, après l'échéance, contrairement aux effets de commerce. En outre le rédacteur devra s'expliquer sur les conséquences de l'endossement au point de vue de la garantie, car la question est assez controver-

sée, et on discute pour savoir s'il convient d'étendre la garantie solidaire instituée par l'article 140 du Code de commerce au signataire non commerçant et non obligé par une cause commerciale (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. V, n° 520 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 536).

Pour éviter toute difficulté, il serait prudent d'indiquer, en l'absence de toute stipulation particulière dans leurs endossements, que les cédants seront ou non garants du paiement à l'échéance, au besoin avec garantie solidaire entre eux, pour éviter la division des recours. Toutefois il semble inutile d'instituer d'office la responsabilité solidaire de tous les endosseurs vis-à-vis des porteurs, car il y a ici une sûreté spéciale, l'hypothèque, qui garantit le remboursement ; et il appartiendra à chaque cessionnaire de voir s'il convient d'exiger davantage lors de la transmission de la créance. Enfin, au cas où les liens de la garantie seraient déclarés réunir entre eux tous les endosseurs successifs, il serait utile de spécifier si un protêt serait nécessaire pour mettre en jeu cette garantie.

En raison de l'indétermination du créancier dans les obligations à ordre, le débiteur pourra se trouver particulièrement embarrassé pour se libérer à l'échéance ; aussi, il faudra par une clause spéciale lui réserver la ressource de consigner la somme remboursée sans offres préalables (Thaller, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., n° 1500).

Par suite de la nature du titre, la perte et le vol étant particulièrement à redouter, il sera prudent de prévoir ce risque dans le contrat et de régler conventionnellement pour cette hypothèse, les droits et les devoirs des parties, puisque la loi du 15 juin 1872 sur la perte et le vol des titres au porteur ne s'applique pas au genre de titres que nous étudions.

En ce qui concerne la mainlevée future de l'inscription, on fera bien de stipuler, dans l'obligation, pour éviter toute contestation ultérieure, que le bénéficiaire du dernier endos aura le droit d'accorder la mainlevée de l'hypothèque et de consentir la radiation partielle ou définitive de l'inscription, avant comme après paiement, le conservateur étant autorisé à radier sur la simple remise d'une expédition de cette mainlevée constatant la représentation au notaire qui l'aura reçue, de la grosse ou du brevet de l'obligation, endossée au profit de celui qui consent la mainlevée, avec mention par le notaire de la dite mainlevée.

Comme la mainlevée de l'inscription nécessite le paiement préalable du droit d'enregistrement sur les endossements au tarif de 1 fr. 25 0/0, en vertu du principe que les actes sous seings privés mentionnés dans un acte notarié doivent être enregistrés, il y aura lieu de préciser, dans le contrat originaire, celui qui sera responsable des frais dont il s'agit ; il semble qu'il serait plus équitable de mettre les frais de l'enregistrement à la charge de chaque endosseur devenu succes-

sivement créancier, car le débiteur n'a retiré personnellement aucun avantage des diverses transmissions de la créance (Paston, *op. cit.*, p. 148).

Voilà pour le cas où l'obligation notariée contient une clause à ordre ; la créance est alors transmise par un endos à ordre inscrit sur la grosse de l'acte ou sur l'acte lui-même, si celui-ci est en brevet.

Mais il faut aussi prévoir le cas où l'obligation est au porteur. Elle est souscrite au profit de la personne qui sera le porteur de l'acte, avec acceptation de l'obligation du débiteur, par le prêteur et premier porteur du titre dont les noms, prénoms, profession et domicile sont énoncés conformément à la formule indiquée plus haut. Comme clauses particulières, il y aura lieu de reproduire à peu près les mêmes que les précédentes, soit : la désignation du premier créancier comme il est dit ci-dessus, le montant du prêt, la délivrance des espèces à la vue du notaire rédacteur, l'engagement pris par le débiteur de rembourser la créance au porteur la grosse ou du brevet ; l'acte devra, en outre, se terminer par la mention que la créance se transmettra au moyen de la simple remise de la grosse ou du brevet de l'acte d'obligation, sans que cette transmission ait besoin d'être constatée par aucun endos, ni d'être signifiée au débiteur.

Voici un exemple des formules les plus usitées en pratique :

« Il est expressément convenu que la créance resul-

tant de la présente obligation se transmettra par la simple remise de la grosse sans que cette remise ait à être constatée par aucun endos, ni autre écrit, ni à être signifiée au débiteur.

Cette remise emportera de plein droit subrogation au profit du porteur dans tous les droits d'inscription et d'hypothèque, attachés à la dite créance.

En conséquence, le porteur pourra se désister de son droit d'hypothèque, et donner mainlevée de l'inscription prise en vertu des présentes sans autre formalité que l'énonciation dans l'acte de mainlevée, que la grosse des présentes aura été représentée au notaire qui y aura fait mention de la mainlevée.

Dont acte, etc.....

Il est donc également que la remise du titre emportera de plein droit subrogation au profit du porteur dans tous les droits et hypothèques attachés à la dite créance, et notamment dans l'effet de l'inscription à prendre ; en conséquence, le porteur pourra se désister du droit d'hypothèque et donner mainlevée de la dite inscription sans autre formalité que l'énonciation dans la mainlevée que la grosse ou le brevet de l'obligation a été représenté au notaire, avec mention inscrite par ce dernier de la dite mainlevée. Mais il n'y aura pas lieu de prévoir, dans l'acte, sur qui retomberont les droits d'enregistrement des transmissions successives, car les mutations opérées de la main à la main ne donnent pas lieu à la perception d'un droit, et la loi du 25 juin 1857 est étrangère à la matière.

L'acte devra enfin exprimer que le porteur ne pourra être atteint par les déchéances qu'auraient encourues les précédents détenteurs (exceptions de compensation ou autres) ; que la transmission du titre pourra s'opérer avant comme après l'échéance, et qu'à défaut de paiement à l'échéance, et sauf convention contraire, le porteur n'aura droit à aucun recours contre les précédents détenteurs, ce qui le dispense de l'obligation de dresser un protêt.

Moyennant l'observation de toutes ces formalités, le notaire, rédacteur, évitera d'exposer sa responsabilité.

Pour terminer sur ce point, nous devons signaler le danger spécial que court le titulaire d'une obligation au porteur ou à ordre en cas de vente de l'immeuble hypothéqué à la sûreté de la créance. Cette vente peut être soit volontaire, soit forcée, ou à la requête d'autres créanciers ; en cas de vente volontaire, la notification de purge est adressée par l'acquéreur au domicile élu par le créancier dans l'inscription (art. 2183, C. civ.), puis celui-ci jouit d'un délai de 40 jours pour surenchérir. En cas de vente forcée, à la requête d'un autre créancier, le porteur en est légalement informé par une sommation qui est délivrée au domicile élu dans l'inscription (art. 692, C. proc. civ.). Mais si ce document ne lui parvient pas avant l'adjudication, et qu'il n'ait pas été autrement informé, il se trouvera empêché de former une surenchère, et par suite subira la perte

totale ou partielle de sa créance si le prix obtenu dans la vente n'est pas suffisant pour le couvrir.

Le notaire, rédacteur de l'acte, n'est pas en pareil cas exempt de toute responsabilité vis-à-vis du détenteur d'une obligation à ordre ou au porteur, menacé par la purge des inscriptions, en cas d'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Ce sera le notaire rédacteur de l'acte qui aura pour mission de sauvegarder les intérêts du dernier porteur ; en effet, normalement l'élection de domicile aura été faite chez lui ; en outre, c'est par son intermédiaire que les intérêts sont versés au créancier. Rien de plus naturel, dès lors, que de décider qu'il est responsable.

Il n'en serait autrement que si l'intéressé, c'est-à-dire le porteur actuel de l'obligation, négligeait de se tenir en communication avec l'officier ministériel ; mais il ne faut pas oublier que le notaire est rigoureusement obligé, d'après la jurisprudence, de procéder à toutes les recherches et à toutes les démarches nécessaires en vue d'arriver à la remise, aux mains des intéressés, de toutes les pièces qui les concernent.

Toutefois le notaire serait exonéré si l'immeuble affecté à la sûreté du prêt était situé en dehors de l'arrondissement des parties et du notaire rédacteur de l'acte, car, en pareil cas, l'inscription ne peut être valablement prise que moyennant une élection spéciale de domicile dans le ressort de la conservation des hypothèques, généralement chez un nouveau notaire, qui

n'entretient aucune relation suivie avec les parties. Mais il en serait autrement, et la responsabilité du notaire réapparaîtrait s'il y avait élection de domicile supplémentaire chez ce dernier officier ministériel, pour la correspondance et l'envoi de toutes les pièces. Par ce moyen, le notaire étranger à la rédaction de l'acte, qui reçoit une notification à fin de purge faite au domicile régulièrement élu dans son étude, la transmettra immédiatement à son confrère rédacteur de l'acte, et il appartiendra à ce dernier de prévenir le porteur actuel du titre, du danger qui le menace, savoir que les biens affectés à la sûreté de l'obligation se trouvent vendus à son insu dans des conditions désavantageuses. Le notaire négligent serait tenu, en pareil cas, de verser à titre de dommages et intérêts, au porteur de l'acte qu'il aurait omis de tenir au courant de la vente, une somme représentant celle que le créancier aurait dû encaisser pour être désintéressé. On voit donc avec quels soins le notaire rédacteur doit suivre l'évolution du gage dans le patrimoine du débiteur.

SECTION II. — Les droits de l'enregistrement vis-à-vis des obligations au porteur ou à ordre.

Une des principales objections qui ont été quelquefois formulées contre l'extension de la pratique des obligations à ordre et surtout au porteur, provient de ce que leur forme leur permet d'éluder facilement l'appli-

cation des lois fiscales auxquelles les créances notariées nominatives ne sauraient échapper.

On a soutenu cependant que les obligations à ordre devaient être taxées plus lourdement que les autres, en raison des endossements multiples dont elles peuvent être l'objet et qui tous doivent être préalablement enregistrés lorsqu'il en est justifié dans un acte de subrogation, de quittance, ou de mainlevée ou en cours d'une procédure d'ordre : « On voit à quelles conséquences, onéreuses et souvent imprévues des parties, peuvent aboutir sous ce rapport les obligations à ordre. Le porteur d'un titre revêtu de dix endossements peut avoir à acquitter les droits d'enregistrement qui représentent le huitième de sa créance. Il est possible, il est vrai, de les éviter, en ce qui concerne le cas de radiation, en laissant l'inscription s'éteindre par la péremption décennale, mais les circonstances ne permettent pas toujours d'attendre jusque-là (Paston, *op. cit.*, p. 208).

L'inconvénient signalé peut se rencontrer en effet dans la pratique, mais, en réalité, nous croyons que le fisc subit plus que les contribuables un préjudice par suite de l'existence des obligations à ordre ou au porteur. Il est facile de comprendre, en effet, que la forme au porteur, spécialement, permet aux créances notariées d'échapper, sinon à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, du moins aux droits de mutation par décès.

§ 1. — L'impôt sur le revenu.

La loi du 22 juin 1872 a établi un impôt de 3 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières, sur les intérêts des emprunts des sociétés, départements, communes et établissements publics ; le taux de cet impôt a été porté à 4 0/0 par la loi du 26 décembre 1890. Donc les actions et les obligations émises par les sociétés et les autres personnes morales énumérées par la loi sont atteintes par cette taxe qui vient frapper les arrérages, dividendes ou intérêts annuels. Il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si les obligations, actions ou titres négociables émis par une société, un département, etc., en représentation de son emprunt, rentrent dans la classe des titres cotés ou susceptibles de l'être ; la circonstance que le titre est apte à être l'objet de transactions en bourse, est sans doute une des conditions d'exigibilité des taxes de timbre (loi du 5 juin 1850) et de transmission (loi du 23 juin 1857), mais elle n'exerce aucune influence à l'égard de l'impôt de 4 0/0 qui frappe indistinctement toute opération d'emprunt des sociétés, abstraction faite de son caractère particulier et de son mode de réalisation (Cass., 9 avril 1879, S. 79.1.474).

Il importe peu, dès lors, que les titres remis au prêteur affectent la forme d'effets de commerce ; dès que ces valeurs négociables correspondent à une obligation ayant pour but et pour effet de procurer à la société des avances dont elle a besoin, la taxe est due incontes-

tablement sur les intérêts servis aux porteurs de ces titres (Cass., 12 décembre 1877, D. 78.1.105). L'arrêt du 9 avril 1879, surtout, est caractéristique ; il décide dans les termes les plus précis que la disposition de la loi du 22 juin 1872 est générale, et qu'en visant les emprunts des départements, communes, etc., elle atteint toute opération par laquelle une commune, un département, une société se procurent par un moyen quelconque, par souscription publique ou autrement, même sans création de titres négociables, les fonds dont il a besoin.

Il n'y a nullement à s'arrêter à l'objection que les prêts consentis aux sociétés ou aux établissements publics n'ont fait l'objet d'aucune émission et sont constatés dans des contrats individuels reconnaissant les droits de chaque créancier. La Cour de cassation (arrêt du 24 juillet 1883) décide que « prise dans ses termes, dont la portée ne saurait être restreinte par voie d'interprétation, la disposition embrasse pour les soumettre à l'impôt, non seulement les obligations proprement dites émises à la suite d'un emprunt par une société commerciale ou civile, mais encore les simples emprunts de même origine, même non représentés par des obligations négociables, c'est-à-dire toutes opérations au moyen desquelles une société commerciale se procure d'une manière quelconque, par souscription publique ou autrement, les fonds dont elle a besoin » (D. 84.1.133).

Une difficulté s'est toutefois présentée en ce qui con-

cerne les emprunts hypothécaires quelle que soit leur forme, nominative, au porteur ou à ordre. En effet, en 1872, deux lois ont été faites à 24 heures d'intervalle sur le régime fiscal des emprunt des sociétés et établissements publics.

La première, en date du 28 juin 1872, établissait une contribution de 2 0/0 sur le revenu des créances hypothécaires ; à raison de sa généralité, cette disposition visait nécessairement les emprunts hypothécaires des sociétés et établissements publics à l'exclusion seulement de ceux représentés par des titres négociables ; ces derniers se trouvent régis par la loi du 29 juin 1872, qui frappe les intérêts ou arrérages d'une taxe de 3 0/0, aujourd'hui de 4 0/0. Or la loi du 28 juin 1872 ayant été expressément abrogée par une loi du 20 décembre de la même année, on a conclu quelquefois de cette abrogation que les emprunts hypothécaires des sociétés et des établissements publics se trouvent actuellement exonérés de l'impôt.

Cette opinion a naturellement été combattue par l'administration dont la Cour de cassation a admis la thèse : « La disposition de la loi du 29 juin 1872 qui établit une taxe annuelle et obligatoire sur le revenu des valeurs mobilières, a soumis à cette taxe, entre autres valeurs, les intérêts et arrérages annuels des emprunts et obligations des départements, communes, établissements publics et sociétés ; cette disposition de la loi est générale, et, en visant les emprunts des

sociétés, elle atteint toute opération par laquelle une société se procure, par un moyen quelconque, par une souscription publique ou autrement les fonds dont elle a besoin. Les emprunts garantis par un gage ou une hypothèque n'ont point été exceptés de cette disposition, et la taxe de 4 0/0 les frappe comme tous les emprunts de même origine. L'abrogation de la loi du 28 juin 1872 qui avait frappé d'une autre taxe les créances hypothécaires et qui n'atteignait pas les emprunts des sociétés soumis à la taxe de 3 0/0 par la loi du 29 juin 1872, n'a pu modifier en rien ce dernier impôt et en exempter les sociétés qui y avaient été expressément assujetties » (Cass., 8 novembre 1880, S. 81.1.87 ; et Chambres réunies, 21 mars 1901, S. 02.1.296, D. 01.1.522).

Comme conséquence directe de ces principes, il ne faut pas hésiter à reconnaître que l'obligation à ordre ou au porteur souscrite devant notaire, par une ville, une société ou un établissement public, est passible de la taxe de 4 0/0 à raison des intérêts qu'elle produit, bien qu'elle soit affranchie de la taxe du timbre et de transmission (Sol. du 31 juillet 1883, *Répertoire périodique de l'Enregistrement*, 6.385).

Comme la taxe de 4 0/0 participe aux caractères généraux des droits d'enregistrement, l'administration peut user, en vue de découvrir l'existence des titres donnant lieu à la perception de cet impôt, de tous les moyens d'investigations de droit commun en matière

fiscale, c'est-à dire qu'elle pourra utiliser les énonciations des actes présentés à l'enregistrement ainsi que les renseignements relatifs à la perception des droits de timbre et de transmission. D'ailleurs, en ce qui concerne les obligations hypothécaires à ordre ou au porteur des sociétés ou autres collectivités, les intérêts qu'elles produisent peuvent difficilement échapper à la taxe sur le revenu, car l'administration est assurée de connaître leur existence, les actes notariés étant assujettis à l'enregistrement dans le délai de 10 jours ou de 15 jours, suivant que le rédacteur de l'acte réside ou non dans la commune où est situé le bureau. En outre, la nécessité pour les notaires de faire viser tous les trois mois, par le receveur de l'Enregistrement, le répertoire contenant l'indication de tous les actes qu'ils ont reçus dans le trimestre, les met dans l'impossibilité de dissimuler aux agents du fisc, l'existence des titres dont il s'agit.

§ 2. — L'impôt des mutations par décès.

C'est en ce qui concerne les droits exigibles sur les transmissions successorales que des fraudes importantes peuvent être commises contre le fisc, grâce à la pratique des obligations à ordre ou au porteur. On sait que l'article 29 de la loi du 22 frimaire an VII, non modifié par la législation postérieure, édicte une peine d'un droit en sus contre les héritiers, donataires ou légatari-

res qui n'ont pas fait, dans les délais prescrits, la déclaration complète des biens transmis par décès et qui ont omis d'y faire figurer certaines valeurs. Il y a omission au sens juridique du mot toutes les fois qu'un redevable ne comprend pas dans la déclaration toutes les valeurs sujettes à l'impôt : « L'omission se produit, dit M. Naquet, lorsqu'un bien ne figure pas dans la déclaration des héritiers » (*Traité des droits d'enregistrement*, t. III, p. 336). Les omissions se prescrivent par un délai qui était de 5 ans à partir de la déclaration, d'après la loi du 22 frimaire an VII (art. 61-2°) et qui a été porté à 10 ans par la loi du 30 janvier 1907.

Il est évident que les titres au porteur, et par conséquent les obligations notariées de cette nature, peuvent être facilement dissimulées au fisc. L'administration ne possède pas en effet pour eux, comme pour les créances nominatives, la ressource de consulter le répertoire dressé dans chaque bureau, de toutes les valeurs actives susceptibles de former un élément de la fortune des particuliers, d'après les actes enregistrés au bureau.

A l'actif de quel contribuable pourrait on inscrire une créance dont le titulaire n'est pas connu ? De là, la possibilité d'omissions fréquentes.

Comment l'administration pourra-t-elle prouver cependant l'existence dans le patrimoine du défunt, d'une obligation du genre de celle que nous étudions ?

Elle disposera des preuves du droit commun qui ne sont pas incompatibles avec l'économie de la législa-

tion fiscale. Or le droit commun reconnaît cinq espèces de preuves, savoir la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment (art. 1316, C. civ.). La preuve testimoniale et le serment sont prohibés en matière d'enregistrement ; le serment, en effet, exige la comparution des parties, il est par cela même incompatible avec les formes de la procédure écrite établies par les articles 64 et 65 de la loi du 22 frimaire an VII et l'article 17 de la loi du 27 ventôse an IX. La prohibition de tout débat oral, prononcée à peine de nullité du jugement par les dispositions précitées, exclut également la preuve par témoins, puisque la forme de l'enquête telle qu'elle est réglée par le Code de procédure, suppose nécessairement l'existence d'un débat oral.

La preuve littérale, l'aveu et les présomptions constituent donc les seuls modes de preuve auxquels l'administration puisse recourir pour établir les omissions frauduleuses.

La preuve littérale résulte d'actes authentiques ou sous seing privés ; leur force probante est ici la même à l'égard des tiers qu'entre les parties ; elle peut donc être invoquée par l'administration qui a la qualité de tiers (Cass., 14 janvier 1873, S.73.1.138 ; 23 février 1875, S.76.1.473). Ainsi l'omission de valeurs héréditaires est établie d'une manière irréfutable à l'égard de l'administration, par les énonciations des inventaires, partages, actes de notoriété, et des autres actes ayant

pour objet direct d'établir la consistance des biens de la succession.

Quant à l'aveu, il est assez rare que les fraudes commises envers le fisc en soient l'objet ; les contribuables qui ont commis une dissimulation sont peu portés à en reconnaître l'existence.

Mais l'emploi des présomptions est fréquent et important surtout en notre matière ; l'administration en fait usage lorsqu'elle peut les tirer de faits constants au procès et d'actes qui parviennent par l'enregistrement à sa connaissance, ou que la loi soumet à son droit d'investigation. L'héritier du défunt, déclare fort rationnellement l'Instruction de l'Enregistrement n° 2402 (§ 7, p. 92), doit être réputé propriétaire des prix de vente non encore payés, et en général des créances dont les termes de paiement ne sont pas échus, par le seul fait de la production du titre originaire qui, en créant la dette, en a échelonné l'exigibilité, sauf au débiteur à exciper d'une anticipation de paiement (Cass. civ., 30 mars 1870, S. 70.1.319, D. 70.1.407).

D'une manière générale, la règle à observer par les héritiers ou légataires est que les meubles comme les immeubles possédés par le défunt, en vertu d'une propriété apparente, reposant sur des titres réguliers, doivent être déclarés, ce qui s'applique aux créances, avec d'autant plus de facilité que leur transmission ne peut régulièrement s'effectuer qu'au moyen d'un acte nécessairement soumis à l'enregistrement (art. 1690, C.civ.).

Aussi la Cour de cassation décide-t-elle que l'administration est autorisée à réclamer le droit de mutation par décès sur les créances dont le défunt était propriétaire apparent en vertu des titres enregistrés (Cass., 5 décembre 1871, S. 71.1.248¹; 18 juillet 1892, S. 93.1.54, D. 92.1.628).

Il y a plus de difficultés pour établir la propriété apparente du défunt sur les titres au porteur et notamment sur les obligations qui ne contiennent pas le nom du créancier ; dans ce cas, la propriété des choses mobilières auxquelles doivent être assimilés les titres au porteur, doit être déterminée, en principe, par l'application de la règle de l'article 2279 du Code civil. La présomption légale de propriété, attachée à la possession, dispensera donc l'administration de toute autre preuve de l'exigibilité de l'impôt à l'égard des meubles corporels que le défunt avait en sa possession au moment de sa mort ; et la même règle est à suivre pour les titres au porteur de quelque nature qu'ils soient, la présomption de l'article 2279 leur étant applicable (Cass., 15 avril 1863, D. 63.1.396).

Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption susceptible d'être combattue par la preuve contraire (Saint-Omer, 8 juin 1905, *Revue de l'Enregistrement*, 3924). Mais il ne suffirait pas, bien entendu, au contribuable de se borner à opposer à la présomption légale qu'invoque l'Administration, de simples allégations ou des documents dépourvus de toute valeur probante ; il est clair que dans

de pareilles conditions, il ne pourrait se dispenser d'acquitter l'impôt (Autun, 16 juillet 1873, *Répertoire de l'Enregistrement*, 3741).

Les droits de l'administration ont d'ailleurs été renforcés par la loi du 23 février 1901 (art. 15, § 3 et 4) ; ce texte oblige les sociétés, banquiers, agents de change, officiers ministériels et agents d'affaires qui seraient dépositaires ou débiteurs de titres, sommes ou valeurs dépendant d'une succession qu'ils sauraient ouverte, à adresser à l'administration avant le paiement, la remise ou le transfert, ou, dans la quinzaine qui suivra ces opérations, la liste de ces sommes, titres ou valeurs. Or les notaires sont évidemment soumis à cette disposition puisque ce sont des officiers ministériels ; ils doivent donc indiquer à l'administration les obligations à ordre ou au porteur appartenant à leurs clients décédés.

Les dissimulations que l'on redoute à cet égard dans les déclarations de successions, sont donc moins à craindre qu'on ne le pense, et la loi donne d'ailleurs au fisc des armes suffisantes pour défendre ses droits.

CHAPITRE IV

LÉGISLATION COMPARÉE SUR L'EMPLOI DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE.

La plupart des pays d'Europe connaissent comme la France l'obligation hypothécaire au porteur, mais, à la différence de notre législation, ils ont institué des règles destinées à faciliter la pratique de ces obligations. Seulement, dans les pays étrangers, c'est surtout l'émission, par les sociétés, d'obligations à ordre ou au porteur, garanties par des hypothèques, qui a attiré l'attention du législateur.

Autriche. — Cette observation trouve d'abord son application en Autriche et en Hongrie : la loi autrichienne du 24 avril 1873 permet aux sociétés de créer des obligations au porteur ou à ordre et de rendre publiques les hypothèques, constituées pour les garantir (Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 235).

Cette loi se divise en deux parties. Elle s'occupe d'abord de la représentation des obligataires. Ils pourront se faire représenter, quand ils y auront intérêt, par un curateur commun nommé par la justice, et qui pourrait aussi être désigné à la requête de tiers, désireux d'éviter par cette nomination une gêne dans l'exer-

cice de leurs droits. Dans sa seconde partie (art. 11 à 16), la loi édicte un certain nombre de dérogations aux règles sur la publicité des hypothèques, relativement aux hypothèques attachées aux titres d'obligations au porteur ou à ordre. En outre, la loi autrichienne du 13 mai 1874 (*Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 286), suivant, sur ce point, l'exemple de la loi hongroise du 7 avril 1868 (*Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 289), permet de protéger par une hypothèque portant sur le chemin de fer lui-même, les créances résultant d'obligations de priorité émises par les Compagnies. Mais cette faculté n'est possible que pour les obligations rédigées dans la forme à ordre et non pour les obligations au porteur, à la différence de ce qui se passe pour les autres sociétés.

En Allemagne, il y a lieu de distinguer le régime des obligations au porteur ou à ordre constituées par de simples particuliers et la réglementation de ce genre d'obligations émises par les sociétés.

On sait que le régime hypothécaire allemand trouve son origine dans la loi prussienne du 5 mai 1872 sur les livres fonciers, laquelle a été étendue aux pays rhénans en 1888 et qui a été généralisée par le nouveau Code civil allemand, exécutoire depuis le 1^{er} janvier 1900. L'organisation allemande a pour base le *livre foncier*, véritable casier civil de l'immeuble, où doivent être inscrits tous les droits réels dont il est l'objet. Ce livre est tenu par immeuble et non par proprié-

taire comme en France, de sorte que les indications contenues sur le feuillet relatif à chaque parcelle, donnent la liste très complète des aliénations ou des constitutions de droits réels qui concernent cette parcelle. De là, une grande sécurité pour le crédit foncier.

Le propriétaire possède, d'ailleurs, plusieurs moyens de se procurer du crédit à l'aide de son immeuble : il peut recourir d'abord à la dette foncière qui a pour caractère distinctif de porter sur l'immeuble lui-même sans atteindre le propriétaire ; celui-ci n'est tenu que *propter rem*, et si l'immeuble vient à périr ou n'est pas vendu à un prix suffisant pour désintéresser le bénéficiaire de la dette foncière, ce créancier n'a aucun recours contre le propriétaire, qui n'est pas tenu personnellement ; cette dette est représentée par un bon foncier qui peut être à ordre ou au porteur ; il peut d'ailleurs être créé au profit du propriétaire lui-même et en raison de sa forme négociable, celui-ci peut le transmettre facilement, lorsqu'il a besoin de le convertir en argent.

En dehors de cette distinction, fonctionne l'hypothèque proprement dite, comme droit réel accessoire d'une créance ; mais le Code civil allemand en prévoit deux variétés : 1° L'hypothèque ordinaire, laquelle en principe donne lieu à la délivrance d'une cédule hypothécaire négociable, qui permet au bénéficiaire d'exercer ses droits ; 2° l'hypothèque de sûreté qui n'est jamais accompagnée de la création d'une cédule et qui dépend

absolument de la créance. Toutes deux peuvent être constituées au profit du propriétaire lui-même ; l'hypothèque de sûreté est la seule qui puisse servir pour la garantie d'un titre à ordre ou au porteur.

Quant aux obligations à ordre ou au porteur émises par les sociétés, elles sont spécialement réglementées par la loi du 4 décembre 1899, entrée en vigueur avec le nouveau Code civil le 1^{er} janvier 1900 (article 26).

Cette loi protège avant tout les intérêts communs des obligataires ; elle leur permet de se réunir en assemblées possédant certains pouvoirs et de choisir un ou plusieurs représentants ; il en est ainsi toutes les fois que le capital nominal des obligations émises s'élève au total d'au moins 300.000 marks et que le nombre des obligations est de 300 au moins. L'assemblée ne peut créer aucune inégalité entre les porteurs des obligations (art. 12 de la loi, *Annuaire de législation étrangère*, 1899, p. 178).

A côté du représentant, choisi par les obligataires en vertu de la loi de 1899, il en existe un autre dont la désignation est prévue par l'article 1189 du Code civil allemand ; celui-ci est nommé par la société elle-même lors de l'émission de l'emprunt pour accomplir toutes les formalités hypothécaires ; il fait inscrire l'hypothèque, en consent la radiation totale ou partielle et reçoit les significations diverses auxquelles elle peut donner lieu ; le nom de ce représentant doit être porté sur les livres fonciers.

Relativement à la publicité de l'hypothèque conférée en garantie d'une émission d'obligations faite par une société, la loi allemande du 24 mars 1897 sur les livres fonciers décide, dans son article 51, que pour inscrire une hypothèque garantissant des obligations au porteur fractionnées, il suffit que le montant total de l'hypothèque soit inscrit, en indiquant le nombre, le montant et la désignation des obligations partielles ; il est inutile de mentionner la quote-part appartenant à chaque créancier. Lorsqu'un mandataire a été constitué conformément à l'article 1189, il n'est pas nécessaire de produire le titre en vertu duquel l'inscription est requise et d'y faire mentionner cette inscription (art. 48 de la loi de 1899).

En Suisse, fonctionne une organisation analogue au système allemand (Code civil du 10 décembre 1907). Il y a trois formes de crédit immobilier :

1° L'hypothèque ; 2° la cédule hypothécaire ; 3° la lettre de rente.

L'hypothèque n'est pas nécessairement négociable ; la cédule hypothécaire et la lettre de rente peuvent affecter la forme soit nominative, soit au porteur, mais entre elles il existe cette différence que la cédule hypothécaire constitue une créance personnelle, garantie par un immeuble, tandis que la lettre de rente représente une charge foncière dont l'immeuble est grevé, mais elle est exclusive de toute obligation personnelle et elle n'exprime pas la cause de la créance ; elle ressemble au bon foncier allemand.

Une réglementation spéciale concerne l'hypothèque des chemins de fer, qui est possible avec l'autorisation du Conseil fédéral en vertu de la loi fédérale du 24 juin 1872, complétée par le règlement du 1^{er} septembre 1874. Il est établi pour les chemins de fer un registre hypothécaire spécial qui est tenu par le secrétaire de la section du département des chemins de fer et du commerce ; toute hypothèque grevant les chemins de fer doit être inscrite ; les numéros des titres d'obligations, pour garantie desquelles une hypothèque est fournie, sont mentionnés sur ce registre. Ceux qui sont remboursés ou rachetés doivent être envoyés au conservateur qui les annule. Les titres d'obligations indiquent, outre la dette contractée par la Compagnie, la ligne hypothéquée, les droits d'hypothèque et de priorité antérieures, les stipulations d'intérêt et de paiement (art. 10) (Cf. *Annuaire de législation étrangère*, 1874, p. 484).

En Angleterre, le régime foncier a été réorganisé par la loi du 13 août 1875 qui a substitué la transcription à un régime de clandestinité des hypothèques (*Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 178). Toutefois la transcription est demeurée facultative jusqu'à la loi du 6 avril 1897 qui a décidé que la transcription pourrait être déclarée obligatoire dans certains comtés. La transcription est effectuée au bureau du Registrar. Une loi du 8 août 1900 (art. 14 à 18, *Annuaire de législation étrangère*, 1901, p. 17) est spéciale à la réglementation des hypothèques constituées par les Compa-

gnies (sociétés constituant des personnes morales à responsabilité tantôt limitée, tantôt illimitée). Toute hypothèque destinée à garantir l'émission d'obligations est nulle si l'acte constitutif de l'hypothèque n'a pas été déposé au Registrar, fonctionnaire chargé d'enregistrer les actes de sociétés et enregistré dans le délai de 21 jours (art. 14). Il n'est pas nécessaire d'inscrire les noms des créanciers sur ce registre ; il suffit de mentionner ceux des « trustees » ; comme l'hypothèque est inscrite en leur nom et par leur soin, la propriété nominale du bien grevé passe sur leurs têtes conformément au droit commun.

Enfin, la pratique des obligations au porteur se rencontre encore en *Suède* où leur validité n'a jamais été discutée (Cf. *Les lois hypothécaires de 1875*) ; en *Amérique*, surtout dans l'Amérique du Sud, les obligations à ordre et au porteur y sont très couramment employées (Cf. thèse Paston, p. 224) ; enfin en *Espagne*, qui admet les hypothèques au porteur constituées par les chemins de fer et dont ceux-ci font un usage courant.

En outre, en Espagne, les obligations à ordre ou au porteur sont autorisées entre particuliers par l'article 152 de la loi hypothécaire du 2 décembre 1869 qui est ainsi conçu : « Le droit hypothécaire n'est transféré aux cessionnaires sans notification aux débiteurs et sans inscription sur le registre qu'autant qu'il est attaché à une obligation susceptible par elle-même d'être cédée par un

simple endossement ou à un titre au porteur qui a été livré au cessionnaire.»

Ainsi, la plupart des législations étrangères, plus soucieuses que la nôtre des besoins et des progrès de la pratique, ont accordé, dans leur réglementation des hypothèques, une place aux obligations que nous étudions, et elles ont su éviter par là les difficultés auxquelles donne toujours lieu l'incertitude des constructions de jurisprudence.

CONCLUSION

L'étude qui précède nous permet de conclure que l'insertion de la clause à ordre ou au porteur dans une obligation notariée, même de nature civile, est pleinement licite et valable. En effet, ni la jurisprudence, ni la doctrine n'en contestent plus la validité ; il y a dans ces procédés un moyen pratique de mobiliser le crédit foncier et de donner aux titres notariés même constitutifs d'hypothèques, une mobilité qui manque aux obligations notariées nominatives par l'effet même de leur forme. Cette mobilité des obligations hypothécaires au porteur ou à ordre correspond bien mieux aux nouvelles exigences de la vie moderne.

C'est là la manifestation particulière d'un phénomène plus général que l'on a plusieurs fois constaté : l'adaptation des règles du droit commercial aux matières civiles. Il est, en effet, évident, que les règles plus simples et plus souples de la législation commerciale, sont plus aptes que les formalités plus compliquées du droit civil à donner satisfaction aux besoins économiques d'une société où le crédit et les opérations dont il est la base prennent un rôle de plus en plus grand. Au point de vue spécial de la transmission des créances, on ne peut contester que l'endossement ou la simple tradi-

tion sont plus pratiques et moins coûteuses que les formalités édictées par l'article 1690. Aussi comprend-on que la pratique ait songé à faire profiter les créances civiles, même constituées par acte notarié, des avantages de ces moyens de transmission. Ce phénomène n'est qu'une manifestation de la loi d'expansion des institutions commerciales sur le domaine du droit civil (Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, 1903).

Les causes de cette expansion sont la souplesse et la simplicité du droit commercial. « Quand deux législations coexistent, dit M. Lyon-Caen, la plus équitable, la plus simple, la moins formaliste, celle qui fait le plus complètement abstraction de la neutralité des individus, et ce sont là des caractères du droit commercial par rapport au droit civil, tend à s'étendre et à devenir la législation unique et commune » (Lyon-Caen, *De l'influence du droit civil sur le droit commercial depuis 1804, Livre du centenaire*, t. I).

Cette loi d'expansion s'est également manifestée en d'autres matières, notamment dans l'ordre des sociétés, des sociétés par actions surtout. Ce sont les nécessités du crédit et les avantages de la personnalité civile qui ont conduit la Cour de cassation dans des arrêts célèbres à reconnaître aux sociétés civiles comme aux sociétés commerciales la personnalité civile (Cass., 23 février 1891, S. 92.1.37 ; 2 mars 1892, S. 92.1.497). Grâce à cette personnalité civile, en effet, les créan-

ciers de la société peuvent se faire payer sur les biens sociaux, à l'exclusion des créanciers personnels des associés, et il y a là une règle très utile au crédit de la société.

Cette expansion des règles commerciales n'est pas restée restreinte au domaine de la jurisprudence.

Le législateur, lui-même, est résolument entré dans la même voie, et il a même été plus loin à cet égard que la jurisprudence. Cette dernière, en effet, avait refusé d'admettre la validité des sociétés civiles qui avaient cru pouvoir, pour éviter certains inconvénients des règles du droit civil sur les sociétés, se constituer sous la forme des sociétés anonymes. Contrairement à ces conceptions trop étroites de la jurisprudence, la loi du 1^{er} août 1893 décida que toute société, quel que soit son objet, pourrait se constituer en la forme anonyme ou en celle de la commandite par actions.

Dans la société moderne, dont la « note propre » consiste dans la « circulation des droits », les particuliers non commerçants ont senti, comme les sociétés civiles, la nécessité d'augmenter et d'assurer leur crédit par l'utilisation des formes commerciales. C'est de cette idée que dérive l'application aux obligations civiles, même constatées sous forme notariée, des clauses à ordre ou au porteur, destinées à leur assurer une circulation aussi rapide et aussi facile que celle des effets de commerce et des valeurs de bourse.

Cependant, bien que la jurisprudence soit aujourd'hui

d'hui bien fixée, il semble qu'il y ait encore quelque hésitation dans la pratique à adopter cette forme comode de transmission des créances et particulièrement des obligations hypothécaires qui circulent en quelque sorte avec leur garantie réelle. La pratique notariale manifeste encore dans bien des régions, particulièrement dans les villes du centre de la France, une certaine hésitation à adopter ces nouvelles formes d'obligations hypothécaires qui bouleversent les formules auxquelles elle était habituée traditionnellement.

Cette hésitation s'explique sans doute, tout au moins pour les obligations hypothécaires, par suite des difficultés qu'elles peuvent soulever en fait, notamment en cas de purge et pour l'ouverture d'un ordre. Mais, en définitive, il n'y a là que des difficultés matérielles auxquelles il n'est pas douteux qu'une rédaction appropriée permette de porter remède. Le point important consistait à trouver un procédé permettant d'assouplir le régime hypothécaire actuel tout en évitant les défauts des systèmes imaginés auparavant, tels que celui des cédules hypothécaires. L'emploi des clauses à ordre et au porteur semble avoir rempli ce but ; c'est à la pratique, maintenant, à insérer de nouvelles formules en harmonie avec ce nouveau procédé pour atténuer le plus possible la responsabilité du notaire. Autrement il serait permis d'adresser au nouveau procédé des obligations hypothécaires au porteur et à ordre un reproche analogue à celui qui avait été formulé contre le système

des cédules hypothécaires. En définitive, il ne faut pas que l'ancienne responsabilité des conservateurs retombe sur les notaires.

Quoi qu'il en soit, et quelque exacte que soit cette expansion du droit commercial, il faut se garder, ainsi que nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, d'établir une assimilation absolue entre les actes notariés affectés de la forme à ordre ou au porteur, et les effets de commerce. Ainsi que le remarque à bon droit M. Lyon-Caen, « il y aura toujours quoi qu'on fasse, quelques règles qui seront spéciales aux commerçants ; mais il arrivera sans doute un moment où elles ne seront pas en assez grand nombre pour constituer une véritable branche du droit » (Lyon-Caen, *Livre du centenaire* t. I, p. 220).

Vu :

Le Président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE.

Vu :

Le Doyen,
Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Vice-Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
FONTAINE.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
CHAPITRE PREMIER. — Emploi des clauses à ordre et au porteur dans des titres constatant des créances de nature civile.	
SECTION I. — <i>Validité de ces clauses.</i>	11
SECTION II. — <i>Leur emploi en matière de contrats synallagmatiques.</i>	24
SECTION III. — <i>Obligations notariées au porteur ou à ordre</i> . .	30
CHAPITRE II. — Droits du porteur de l'obligation notariée au porteur ou à ordre.	
SECTION I. — <i>Nature du droit du porteur.</i>	36
SECTION II. — <i>Du paiement du titre</i>	48
SECTION III. — <i>Transfert des sûretés attachées à la créance.</i> . .	56
SECTION IV. — <i>Des exceptions opposables au porteur de la grosse.</i>	65
§ 1. — <i>Résolution du contrat.</i>	66
§ 2. — <i>Exceptions contemporaines de la naissance du contrat</i>	69
§ 3. — <i>Inopposabilité des causes d'extinction postérieures à la création de la créance.</i>	78
CHAPITRE III. — Les devoirs des notaires et les droits de l'Enregistrement relativement aux obligations à ordre et au porteur.	
SECTION I. — <i>Responsabilité du notaire rédacteur</i>	88

SECTION II. — <i>Les droits de l'enregistrement vis-à-vis des obligations au porteur ou à ordre</i>	98 100
§ 1. — L'impôt sur le revenu.	104
§ 2. — L'impôt des mutations par décès.	
CHAPITRE IV. — <i>Législation comparée sur l'emploi des clauses à ordre et au porteur en matière hypothécaire.</i>	110
CONCLUSION	118

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).